



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 80 Sayı: 2022/3 ISSN 1300-9885

BİR GELİNCİĞE DE SEN
DESTEK OL (TURKCELL ve VODAFONE)

"BAGIS" yaz
Gönder **4306**'ya

Projeye gönderdiğiniz her SMS ile
5 TL'lik destek olabilirsiniz!

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA T: 0.312 416 72 00 F: 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

İhlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA T: 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

İhlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA T: 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Ankara Bar Association is being permanently



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
indexed in law databases.

İletişim Adresi | Contact

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Mizanpaj | Page Layout

Ali Kemal ÇERŞİL (Ankara Barosu)

Basım Tarihi | Printing Date

2022

Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding

ARCS Dijital Ofset Matbaacılık

<http://arcs.com.tr>

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the review.

**ANKARA BAROSU DERGİSİ**

Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın
Ankara Barosu Başkanlığı, 2022
Tüm Hakları Saklıdır.
ISSN 1300-9885

**Dergide ileri sürülen görüşler
yazarlarına aittir.**

JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION

is a refereed review, issued quarterly
(January, April, July, October)
Presidency of Ankara Bar Association, 2022
All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885

**Articles published in this review reflect
the views of the authors.**

Sahibi Ankara Barosu Adına / Owner on Behalf of Ankara Bar Association
Av. Mehmet Eren TURAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editor
Av. Dr. Mahcemal SEYHAN

Editör / Editor
Doç. Dr. Veysel DİNLER

Eş Editör / Peer Editor
Av. Dr. Pınar NUR

ANKARA BAROSU YAYINLARI MERKEZİ
ANKARA BAR ASSOCIATION PUBLICATION CENTER

Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi / Coordinator Board Member
Av. Dr. Mahcemal SEYHAN

Merkez Başkanı / Head of the Center
Av. Prof. Dr. Cenker GÖKER

Başkan Yardımcısı / Vice President
Av. Dr. Pınar NUR

Genel Sekreter / Secretary
Av. Semra CİVAN

Sayman / Bookkeeper
Av. Uğur DOĞUŞ

Üyeler / Members

1. Av. Hacer Dilek BACANLI
2. Av. Nebile KISA İNCE
3. Av. Erkan KAYNARCA
4. Av. Ebru ALIUSTA
5. Av. Dr. Öğr. Üyesi İdris Hakan FURTUN
6. Av. Ebru EREN
7. Av. Emre Baturay ALTINOK
8. Av. Hatice İdil SELÇUK
9. Av. Elife UĞUR ÖRNEK
10. Av. Çiğdem DURKAN
11. Av. Pelin ATİLA
12. Av. Mehmet SEPİN
13. Av. Celal TOSUN
14. Av. Mehmet Refik ATALAY
15. Av. Ömer GÜNAY
16. Av. Ahmet AVCI
17. Av. Emre AYDUĞAN
18. Av. Zeynep SÜRÜCÜ
19. Av. Ezgi SELÇUK
20. Av. Dilruba Begüm KARTEPE
21. Av. Merve SİZER
22. Av. İlayda YEŞİLTEPE
23. Av. Durulcan SELÇUK
24. Av. Salim Berkay AKSU
25. Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
26. Av. Ayşegül KARAGÖZ
27. Av. Oğuzhan TUNA
28. Av. Pelin Bengü DAĞLI ASLAN
29. Av. Süleyman Sefa YAŞAR
30. Av. Sevda Nur GÜRSES
31. Av. Burak YILMAZ
32. Av. Ahmet COŞKUN
33. Av. Elif ŞAHİN
34. Av. Merve Sultan KOCAOĞLU
35. Av. Berra AKTAN
36. Av. Gözde UYSAL
37. Av. Ayça ELGİN
38. Av. Ümmü Bilge GÜNDÜZ
39. Av. İrem Nur GÖKGÜL
40. Av. Berkay ÖZDEMİR
41. Av. Leyla ŞAHAN
42. Av. Meltem ŞAHİN
43. Av. Selman BOZOKLU
44. Av. Emre ALTUN
45. Av. Hatice SAKALAR
46. Av. Nuran İZBELİ
47. Av. Anıl AKYOL
48. Av. Yalçın Berk AKGÜNEŞ

(Sicil numarasına göre)

ANKARA BAROSU DERGİSİ

DANIŐMA KURULU

- Prof. Dr. Levent AKIN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Müslüm AKINCI**, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Ramazan ARSLAN**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. İrfan BARLASS**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Sanem Suphiye BAYKAL**, TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Mehmet DEMİR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŐ**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Fikret EREN**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Rifat ERTEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Selin ESEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. İlke GÖÇMEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Cenker GÖKER**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Nadi GÜNAL**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Metin GÜNDAY**, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Hakan KARAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Ali Mehmet KOCAOĞLU**, Uluslararası Fınal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ**, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Erdal ONAR**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK**, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK**, İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Alev ÖZKAZANÇ**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E)
- Prof. Dr. Fırat ÖZTAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
- Prof. Dr. Sühâ TANRIVER**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Durmuş TEZCAN**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Asuman TURANBOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. AyŐenur TÖTÖNCÜ**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Tören YÜCEL, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Yıldız ABİK, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Olgun AKBULUT, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Gaye BAYCIK, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Veysel DİNLER, Hitit Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi
Doç. Dr. Serhat Sinan KOCAOĞLU, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Saim ÜYE, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Doç. Dr. Bülent YÜCEL, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Zeliha HACIMURATLAR SEVİNÇ, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Özge SIRMA GEZER, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Zafer Ertunç ŞİRİN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Hamdi Deniz Ege GÖKTUNA, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Av. Dr. Mahcemal SEYHAN, Ankara Barosu
Prof. Dr. Mohamad EL-GHAZI, Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
Prof. Dr. Felix HERZOG, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
Prof. Dr. Joanna OSIEJEWICZ, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
Prof. Dr. Pasquale POLICASTRO, Szczecin Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
Doç. Dr. Sunčana Roksandić Vidlička, Zagreb Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Hırvatistan)
Doç. Dr. Izabela GAWŁOWICZ, Zielona Góra Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
Dr. Clara da Mota Santos Pimenta ALVES, Federal Yüksek Mahkeme (Brezilya)
Dr. Fatma KARAKAŞ DOĞAN, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
Av. Dr. iur. Necip Kağan KOCAOĞLU, New York Barosu (ABD)

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Ankara Barosu Dergisi hukuk alanında teorik, mesleki ve uygulamaya dayalı yayınların geliştirilmesini amaçlayan, ULAKBİM/TR Dizin'de taranan hakemli bir bilimsel dergidir. Hakemli makalelerin yanında hakemsiz makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer mesleki yazılara da yer vermektedir.
2. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Hakemli makaleler Dergipark üzerinden gönderilmelidir (<https://dergipark.org.tr/tr/journal/1756/submission/step/manuscript/new>). Editöryal değerlendirme ve hakemlik süreçleri doğrudan Dergipark sistemi üzerinden yapılacağı ve yazarlar tarafından süreç izlenebileceği için, hakemli makaleler için zorunlu olmadıkça e-posta yoluyla iletişim kurulmayacaktır.
4. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makale kapak sayfasına eklenmelidir. Hakemli makalelerin sisteme yüklenen versiyonunda yazarın kimlik bilgileri yer almayacağı gibi, hakemlerin yazarın tanınmasını sağlayacak işaret veya ifadeler yer verilmemelidir. Kapak ve makale şablonuna <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından ulaşabilirsiniz.
5. Hakemli makaleler önce Editöryal değerlendirmeye alınacak ve uygun görülmesi halinde ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir.
6. Hakemli makale dışında kalan yazıların abym@ankarabarusu.org.tr adresine gönderilmesi gerekir. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (varsa ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalesin son sayfasına eklenmelidir.
7. Dergiye gönderilen tercüme edilmiş yazılar için, yazının sahibinin yayın izni ve metnin orijinali gereklidir.
8. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.
9. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
10. Yayın ilkeleri ve hakem süreciyle ilgili ayrıntılı bilgilere adresinden ulaşılabilir.

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAZIM KURALLARI

1. Yazım dili Türkçe ve İngilizcedir. Dergiye gönderilen yazıların yazım düzeltmesi Editörler/ Editör yardımcıları tarafından yapılır. Türkçe makalelerin yazımında, noktalamasında ve kısaltmalarda TDK Yazım Kılavuzu'nun en son baskısı esas alınır.
2. Ankara Barosu Dergisine gönderilecek makaleler "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) A4 sayfa düzeni normal, sayfa yapısı; üstten 2,5 cm, alttan 2,5 cm, soldan 2,5 cm, sağdan 2,5 cm, cilt payı 0, üstbilgi 1.25 cm, alt bilgi 1,25 cm olmalıdır. Sayfa numaraları alt ortada gösterilmelidir.
3. Yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil; Satır aralığı 1,5 ve sonra 6 nk olmalıdır. Dipnotlarda Times New Roman, 10 punto, satır aralığı 1 olmalıdır.
4. Hakemli makalelerin Türkçe ve İngilizce özetlerin (toplam 400 kelimeyi geçmeyecek şekilde); her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Makalenin Türkçe Başlığı > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
5. Başlıklandırma 5 düzeyi aşamaz (önerilen 3 düzeydir). Başlıklandırma şu şekilde yapılmalıdır:

I. BİRİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

A) İKİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

1- Üçüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

a) Dördüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

i. En Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük, Koyu ve Eğik Gerekmedikçe Kullanmayın

6. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden sonra verilmelidir. Atıflar, metin içinde gösterilmez.
7. İlk atıfta kaynağın tam künyesi verilmeli, aynı esere takip eden atıflar, aşağıda gösterilen örneklerle uygun olarak kısaltılmış olarak verilir. (Age, agm, agk, ibid, id, loc. cit.) bir önceki kaynağa işaret eden kısaltmalar kullanmayınız. Metin içinde makalenizin başka bir bölümüne dikkat çekmek için dipnotta sayfa numarası vermeyiniz. Metin içinde atf yapılmamış eserler, kaynakçada gösterilmez.
8. Ankara Barosu Dergisinde yayınlanan makaleler, The Chicago Manual of Style (17th Edition, Notes and Bibliography) atıf ve referans sistemi esas alınarak hazırlanmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

9. Kitap, editörlü kitap, e-kitap, çeviri kitap, kitap bölümü, dergi makalesi, bildiri, rapor, ansiklopedi maddesi, kitap tanıtımı, tez, gazete yazısı, röportaj, web içerik, blog yazısı vb tüm farklı yazı türleri atıf örneklerini <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından bulabilirsiniz.
10. Mahkeme kararları, kısaltmalar ve noktalama işaretlerinin kullanımında bir standart oluşturmak amacıyla; lütfen makalelerinizi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> yazılı kurallara uygun bir biçimde düzenleyiniz.

2022/3

Başkanın Mesajı | *President's Messages*XV
Av. Mehmet Eren TURAN

Hakemli Makaleler*Peer Reviewed Articles*

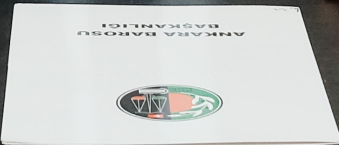
- 1** Vasiyetname Yoluyla Tanıma:
Bir Özel Hukuk Tasarrufunun Yorumu 1
Dr. Şebnem NEBİOĞLU ÖNER
- 2** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Siyasi Parti Özgürlüğü:
AB Uygulaması ve Türkiye Örneği 55
Adem KARA
- 3** Delegasyoncu Demokrasiden Yarışmacı Otoriterizme;
Türk Demokrasisinin “Sıfatlı Demokrasiler” ve
“Sıfatlı Otoriter Rejimler” Arasındaki Yeri 103
Muhammet Derviş METE
- 4** İnternete Erişim Hakkı..... 141
Dr. Öğretim Üyesi İsmail YÜKSEL
- 5** Stajyer Avukatların Avukat Yanında Staj Yaptıkları Dönemde
Asliye Ceza Mahkemelerindeki Duruşmalara
Girebilmeleri Sorunsalı..... 175
Doç. Dr. Uğur ERSOY
- 6** Aldatmanın Etkisiyle Yapılan Sözleşmenin Onanması Halinde
Talep Edilebilecek Tazminat 215
Dr. Öğr. Üyesi Hülya ATLAN GÜRER
- 7** Anayasa Mahkemesi'nin 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun
367. Maddesinin Son Fıkrasının İptali Yönündeki Kararının
Vergi Uyuşmazlığından Doğan İdari Davalara Etkileri..... 255
Dr. Yunus Emre YILMAZOĞLU

- 8** İpotek Süresi ve Bu Sürenin Geçmesinin
İcra Hukukuna Etkileri..... 329
Arş. Gör. Dr. Fatih ZORA
- 9** Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca
Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi..... 395
Doç. Dr. Aslı BAYATA CANYAŞ
- 10** Belediye İktisadi Teşebbüslerinin
Damga Vergisi Karşısındaki Konumu 423
Dr. Öğretim Üyesi İdris Hakan FURTUN

Makaleler

Articles

- 1** Türkiye’de Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumunun Tarihi..... 439
Ahmet Fatih DURMAZ
Doruk KARAMAN
Sena SASANI
Salih DERİNGÖL
Hazal Eylem GÜNGÖR
- 2** Dernekler Mevzuatında Son Dönemde Yapılan Değişikliklerin
Örgütlenme Özgürlüğüne Etkileri..... 469
Stj. Av. Mustafa GÜMÜŞ
- 3** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesinin
Tutukluluğun Resen İncelenmesi ve Tutukluluğa Karşı Yargısal
Başvurunun Yürütülme Şekli İçtihadının Kişi Özgürlüğü ve
Güvenliği Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi 503
Gülce Ecem UÇAR



Av. Mehmet Eren Turan
Av. Mehmet Eren Turan
Başkan



BAŞKANIN MESAJI

PRESIDENT'S MESSAGES

Kıymetli MeslektaŐlarım,

Ankara Barosu Yayınları Merkezi tarafından hazırlanan Ankara Barosu Dergisi'nin 2022/3 sayısı ile karŐınızdayız. 1944 yılından itibaren basılmakta olan Dergimizin 80. yılında, içerisinde bulunduğumuz 2022 yılının 3. sayısını beğeni ve istifadenize sunmanın mutluluğunu yaŐıyoruz. Ankara Barosu Dergisi kapsamında, yazarlarımızın özenle kaleme aldığı makalelerin, birbirinden değerli hakem ve raportörlerin en titiz değerlendirmelerine konu olmasını ayrıca önemsiyoruz.

Elinizde bulunan, "Vasiyetname Yoluyla Tanıma: Bir zel Hukuk Tasarrufunun Yorumu", "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Siyasi Parti zgrlĞ: AB Uygulaması ve Türkiye rneği", "Delegasyoncu Demokrasiden Yarışmacı Otoriterizme; Türk Demokrasisinin "Sıfatlı Demokrasiler" ve "Sıfatlı Otoriter Rejimler" Arasındaki Yeri", "İnternete Erişim Hakkı", "Stajyer Avukatların Avukat Yanında Staj Yaptıkları Dönemde Asliye Ceza Mahkemelerindeki Duruşmalara Girebilmeleri Sorunsalı", "Aldatmanın Etkisiyle Yapılan Sözleşmenin Onanması Halinde Talep Edilebilecek Tazminat", "Anayasa Mahkemesi'nin 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367. Maddesinin Son Fıkrasının İptali Yönündeki Kararının Vergi Uyuşmazlığından Doğan İdari Davalara Etkileri", "İpotek Süresi ve Bu Sürenin Geçmesinin İcra Hukukuna Etkileri", "Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi" ve "Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Damga Vergisi Karşısındaki Konumu" başlıklı hakemli makalelerimiz ile "Türkiye'de Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumunun Tarihi", "Dernekler Mevzuatında Son Dönemde Yapılan Değişikliklerin rgtlenme özgürlüğüne Etkileri" ve "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesinin Tutukluluğun Resen İncelenmesi ve Tutukluluğa Karşı Yargısal Başvurunun Yürütülme Şekli İçtihadının Kişi zgrlĞ ve Güvenliği Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi" başlıklı hakemsiz makalelerimizden oluşan yeni sayımızın, tüm kıymetli okuyucularımıza ve siz değerli meslektaŐlarıma faydalı olmasını diliyorum. Bu vesileyle; tüm baroların çatısını oluşturan, kutsal avukatlık mesleğinin gelişmesini ve mensuplarının menfaatlerini gözeterek mesleki bağın güçlenmesini sağlayan, mesleki dayanışma, etik ve ahlakın korunmasına hizmet eden Türkiye Barolar Birliği'nin kuruluşunun 53. yılını en içten dileklerle kutluyorum.

Dergimizin hazırlanmasında emeği geçen Ankara Barosu Yayınları Merkezi başta olmak üzere, kıymetli yazarlarımıza, hakem ve raportrlerimize ve emeği geçen herkese sonsuz teŐekkürlerimi sunuyorum.

Saygılarımla.

Av. Mehmet Eren TURAN

Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

Vasiyetname Yoluyla Tanıma: Bir Özel Hukuk Tasarrufunun Yorumu

Şebnem NEBİOĞLU ÖNER*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. (Medeni Hukuk), Avukat, Ankara Barosu. (sebnemnebioglu@hotmail.com)
ORCID ID: [0000-0002-3827-6032](https://orcid.org/0000-0002-3827-6032).

Makale geliş tarihi: 29 Haziran 2021 **Makale kabul tarihi:** 7 Temmuz 2022

Atf önerisi: Nebioğlu Öner, Şebnem. “Vasiyetname Yoluyla Tanıma: Bir Özel Hukuk Tasarrufunun Yorumu.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 3 (Temmuz 2022): 1-54. **DOI:** [10.30915/abd.1159020](https://doi.org/10.30915/abd.1159020)

VASİYETNAME YOLUYLA TANIMA: BİR ÖZEL HUKUK TASARRUFUNUN YORUMU

ÖZ

Murisin son arzu ve isteklerini içeren ölüme bağlı bir tasarruf olan vasiyetnamenin yorumunda amaç, murisin gerçek iradesinin ortaya çıkarılmasıdır. Ölüme bağlı tasarruflara murisin ölüm tarihinde yürürlükte olan hükümler uygulanır. Ölüme bağlı tasarrufun yorumu hususunda uyuşmazlık bulunması halinde, tasarrufun metni ve dış etmenlere göre gerçek iradeye ulaşılmaya çalışılmalıdır. Yorum sürecinde vasiyetname lehine yorum ilkesi yanında temel hak güvenceleri de dikkate alınmalıdır. Zira günümüzde temel hakların özel hukukla ilişkisi artan bir yoğunlukla ele alınmaya ve özellikle bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesi içtihadında önemli bir yer tutmaya başlamıştır. Bu nedenle Anayasa ve özel hukuk uygulamacıları tarafından ortak ilkelerin benimsenmesi gerekmektedir. Vasiyetname yolu ile tanıma söz konusu ise, çocuğun üstün yararının ve bu bağlamdaki temel hak güvencelerinin de öncelikle göz önünde bulundurulması gerektiği unutulmamalıdır.

Anahtar kelimeler:

ölüme bağlı tasarruf

vasiyetname

vasiyetnamenin yorumu

murisin gerçek iradesi

çocuğun üstün yararı

THE TESTAMENTARY RECOGNITION OF PATERNITY: INTERPRETATION OF A PRIVATE LAW DISPOSITION

ABSTRACT

The aim of interpretation of a testament which is a testamentary disposition that contains testator's last desires is to determine the true will of inheritor. The provisions in force on the date of inheritor's death should be applied to testamentary dispositions. The text and non testamentary facts should be taken into account while interpreting. The principle of "favor testamenti" and constitutional rights should also be considered. Fundamental rights and private law have started to converge with and had a growing importance in the jurisdiction of the Constitutional Court with the individual application coming into force. Common principles should be adopted by the practitioners of constitutional and civil law. If there has been a testamentary recognition of paternity, the best interests of the child and fundamental rights should be taken into account.

Keywords:

testamentary disposition

testament

interpretation of testament

true will of testator of testament

the best interests of the child

GİRİŞ

Ölüme bağlı tasarruflar, ancak tasarruf sahibinin ölümü tarihinde hüküm doğururlar. Bu tasarruflardan biri vasiyetname olup, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 295. maddesi uyarınca, vasiyetname içeriğinde tanıma beyanına yer verilmesi mümkündür. Vasiyetname yolu ile tanıma söz konusu olduğunda, murisin iradesinin tespiti amacıyla, içerikte yer alan beyanın anlamlandırılması ve özellikle TMK'nin yürürlüğe girmesinden önceki tarihte düzenlenmiş bir tasarruf bulunması halinde, ilgili beyana uygulanacak hukukun tespiti gerekmektedir.

Uygulamada bu alandaki hukuki meselelerde genellikle Medeni Hukukun yerleşmiş yorum prensiplerine atıfta bulunularak sonuca ulaşıldığı, akademik araştırma ve yayınların da bu noktalarda yoğunlaştığı görülmektedir. Bununla birlikte, özellikle anayasal bireysel başvuru usulünün yürürlüğe girmesi ile birlikte, medeni hukuk kurum ve kavramlarının anayasal temel hak güvenceleri dikkate alınarak yorumlanması meselesi giderek önem kazanmaya başlamıştır. Bu kapsamda, medeni hukuk uyumsuzluklarının yorumunda anayasaya uygun yorum ilkesi öncelikle gözetilmesi gereken bir kriter halini almıştır.

Bu bağlamda önemli bir uyumsuzluk, derece mahkemeleri kararları akabinde, bireysel başvuru vasıtasıyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır. Derece mahkemelerinin kararlarında, ölüme bağlı tasarrufun hüküm doğuracağı tarihle bağlantılı olarak yürürlük hukukunun esasları hatalı değerlendirilmek ve murisin beyanı tanıma olarak kabul edilmemek suretiyle, davacı (AYM önündeki süreçte başvuru sıfatını haizdir) miras hakkından yoksun bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi kararında ise, ilgili medeni hukuk kurum ve kavramları daha isabetli şekilde yorumlanmış ve vasiyetname içeriğinde yer alan beyanın özel hukuk yargıçlarınca anayasal güvencelerle uyumlu şekilde yorumlanması gerektiğine işaret edilerek, özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Derece mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesi önündeki bu karar süreci, medeni hukukun ilgili kurum ve kavramının uygulamaya aktarımı yönünden dikkat çekici bir örnektir. Söz konusu yargısal süreç, özel hukuk yargıcının bir özel hukuk tasarrufu olan vasiyetname ve içeriğindeki tanıma beyanını yorumlarken, anayasal güvenceleri gözetme yükümlülüğünü ve bu anlamda anayasaya uygun yorum gereğini ortaya koyması açısından da dikkate değer tespitler içermektedir.

Belirtilen uyuşmazlıkta,^[1] Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) dünyaya gelen başvuruçunun biyolojik babası (muris) Türk vatandaşı olan bir şahısla evli olup, bu evlilikten üç çocuk sahibidir.^[2] Muris daha sonra Türk eşinden ABD makamları önünde boşanmış olmakla birlikte bu karar tenfiz edilmemiş ve ABD'de ikinci bir evlilik gerçekleştirmiştir. Muris 1975 tarihli vasiyetnamesinde “*turist olarak ABD'ye gittiğini, doktor olması nedeniyle sözleşmeli olarak orada çalıştığını, daha sonra Amerika vatandaşı olan U.B. ile evlendiğini, bu evlilikten 1967 doğumlu F.W.E, 1968 doğumlu K.F.E. ve 1970 doğumlu başvuruçunun dünyaya geldiğini, Amerika'da belirtilen eşi ve çocukları ile yaşadığını beyan etmiş ve Kayseri ilinde bulunan bir kısım taşınmazların ölümü halinde 1/4'er hisse itibarıyla bu şahıslara ait olacağını*” belirtmiştir. Murisin 1999 yılında vefat etmesi üzerine Türk eş ve çocukları tarafından başvuruçunun mirasçılar arasında yer almadığı bir mirasçılık belgesi alınmıştır. Mirasçılar tarafından vasiyetnamenin iptali istemi ile açılan dava reddedilmiştir. Ret gerekçesinde vasiyetnamenin, içeriğinde yer verilen “*eşim ve çocuklarım*” ibarelerinin kanuna ve ahlaka aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğunun ileri sürülemeyeceği, murisin Türk olan eşinden boşanarak ABD'de evlendiği kişiden üç çocuğunun olduğu, çocukların zina ürünü olduğu ve tanınamayacağı şeklindeki iddianın yasal dayanağının bulunmadığı belirtilmiştir.

Devam eden süreçte başvuruçunun, kendisinin yer almadığı mirasçılık belgesinin iptali istemi ile açmış olduğu dava, ilk derece mahkemesinin 2010 tarihli kararı ile kabul edilerek miras payları yeniden belirlenmiştir. Karar gerekçesinde; murisin 1999 yılında vefat ettiği, mirasçıları olarak Türk eş ve bu evlilikten olan üç çocuğunun bulunduğu, ancak murisin ABD'de Türk eşinden boşanarak bir ABD vatandaşı ile evlendiği ve bu evlilikten üç çocuğunun dünyaya geldiği, boşanma ilamı tenfiz edilmediğinden Türk hukuku açısından uygulanabilirlik niteliği bulunmadığı, bu nedenle ikinci evliliğin de Türk hukuku açısından geçerli olmadığı, bu kapsamda başvuruçunun da dâhil söz konusu evlilikten dünyaya gelen çocukların evlilik dışı olduğu kanaatine varıldığı ifade edilmiştir. Ancak belirtilen çocuklar evlilik

[1] AYM, BB, Fatma Julia Ekinciler, B. No: 2013/2758, 17/2/2016.

[2] Muris ABD'de S.E.den boşanarak akabinde yabancı uyruklu U.B. isimli şahısla evlenmiş olmakla birlikte S.E. ile boşanmalarına ilişkin yabancı mahkeme ilamı tenfiz edilmemiştir. Türk nüfus kayıtları uyarınca muris, S.E. ile evli gözükmemektedir. Ayrıca U.B. ve muris arasındaki evlilik de daha sonra boşanma ile neticelenmiştir.

dışı olsa da murisin vefat tarihi itibarıyla yürürlükte olan TKM'nin 291. maddesi uyarınca evlilik dışı çocuğun babası tarafından tanınması suretiyle nesep bağının kurulmasının mümkün olduğu ve vasiyetname ile söz konusu evlilikten olan çocukların tanındığı vurgulanarak,^[3] veraset ilamının iptaline ve mirasın Türk eş, üç çocuğu ve başvuru arasında paylaştırılmasına hükmedilmiştir.

Kararın temyiz edilmesi üzerine hüküm bozulmuştur.^[4] Bozma gerekçesinde, mirasın geçişinin, miras bırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan yasal duruma göre belirlenmesi gerektiği, TKM'nin 443. maddesinin birinci fıkrası uyarınca nesebi sahih olmayan hısımların, ana tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haiz olduğu, bunların baba tarafından mirasçı olabilmelerinin ise babalarının kendilerini tanımış olmasına veya babalığa hükmedilmiş olmasına bağlı bulunduğu, bununla birlikte TKM'nin 292. maddesi gereğince birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuğun tanınamayacağı, somut davada da başvuruçunun dünyaya geldiği tarihte murisin Türkiye'de resmen evli olması nedeniyle TKM'nin 292. maddesi karşısında murisin evlilik dışı ilişkisinden dünyaya gelen başvuruçunun tanınmasının mümkün olmadığına hükmedilmiştir. Karar düzeltme talebi ise; her ne kadar bozma kararında TKM'nin 292. maddesine dayanılmış ise de söz konusu hükmün Anayasa Mahkemesince kısmen iptal edildiği,^[5] böylece evli olan baba ile evli olmayan annenin birlikteliğinden dünyaya gelen çocukların tanınması veya babalığa hükmedilmesinin yolunun açıldığı, bu nedenle bozma ilamında gösterilen gerekçenin yerinde olmadığı tespit edilmiştir. Ancak başvuruçunun nüfusta murisin kızı olarak kayıtlı olmadığı, miras bırakan tarafından tanınması veya babalığa hükmedilmesi suretiyle aralarında soybağının da kurulmamış olduğu gözetildiğinde, bozma ilamının sonucu bakımından doğru olduğu

[3] Karar gerekçesinde ayrıca, yargılama aşamasında Nüfus ve Vatandaşlık Genel Müdürlüğü tarafından yapılan araştırma sonucuna göre çocukların babaları ile nesep bağlarının kurulması nedeniyle Türk vatandaşlığını kazandıkları ve nüfusa kaydedildiklerinin tespit edildiği belirtilmiştir.

[4] Bkz. Yargıtay 7. HD, 17.02.2011 tarih, 2010/6031 Esas, 2011/792 Karar, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim tarihi: 11.12.2020).

[5] Bahsedilen iptal kararı AYM'nin 28/2/1991 tarihli ve E.1990/15, K.1991/5 kararı olup, karar bilgileri karar düzeltme gerekçesinde 28.2.1991 tarihli ve E.1990/15, K.1991/5 sayılı karar şeklinde hatalı belirtilmiştir.

ifade edilmiştir.^[6] Bozma ilamı sonrasında ilk derece mahkemesi tarafından da hatalı şekilde, TKM'nin 292. maddesi gereğince birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuğun tanınamayacağı, başvuruçunun da dünyaya geldiği tarihte murisin Türkiye'de resmen evli olması nedeniyle tanınmasının mümkün olmadığı kanaati ile dava reddedilmiş, hüküm bu haliyle kesinleşmiştir.^[7]

Belirtilen onama kararı sonrasında bireysel başvuruda bulunulmuştur. Başvuruda özellikle; vasiyetnamede tanıma iradesi beyan edilmiş olmasına rağmen bu beyan tanıma şeklinde yorumlanmayarak başvuruçunun mirasçılıktan kaynaklı haklarından mahrum edildiği, ayrıca vasiyetname-nin ölüm tarihinde hüküm doğuracağı kabulü gerekmesine ve murisin

[6] Bkz. Yargıtay 7. HD, 06.10.2011 tarih, 2011/3605 Esas, 2011/5783 Karar, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim tarihi: 11.12.2020).

[7] Bu hukuki uyuşmazlıkla bağlantılı olarak değişik yargı alanlarında yürüyen süreçler de söz konusudur. Çalışmada esasen özel hukuka ilişkin yargılama süreci incelenmekle birlikte, uyuşmazlığın sağlıklı değerlendirilebilmesi açısından, hukuki uyuşmazlıkla bağlantılı olarak değişik yargı alanlarında yürüyen süreçlerden de kısaca bahsedilmesi yararlı görülmektedir. Bu kapsamda, belirtilen yargılama sürecinde başvuruçunun ve murisin yurtdışında evlendiği U.B. ile birlikteliğinden dünyaya gelen kardeşlerinin talebi sonrasında, vatandaşlık durumlarının incelenmesi yapılmıştır. Bunun sonucunda Türk vatandaşı olduklarının anlaşıldığı belirtilmiş, yeniden doğum tutanaklarının düzenlenmesi ve nüfus kütüklerine tescillerinin yapılması talep edilmiştir. Doğum formunda, baba hanesinde murisin kimlik bilgileri yer almıştır. Murisin Türk nüfus kayıtlarına göre evli olduğu eşi S.E. ve müşterek çocukları tarafından, başvuruçunun vatandaşlığa alınması ile ilgili bu işlemin iptali hususunda açılan dava reddedilmiştir. Karar gerekçesinde; idare tarafından babasınca tanınan başvuruçunun doğumundan itibaren Türk vatandaşlığını kazanacağı savunmasında bulunulduğu, olay tarihinde yürürlükte bulunan 11.2.1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca yabancı anadan evlilik dışında doğan çocuğun; nesebinin tashihi, babalığın hükümle tahakkuk etmesi veya tanıma yollarından biriyle bir Türk vatandaşına nesep bağı ile bağlanması durumunda, doğumundan başlayarak Türk vatandaşı olacağı hüküm altına alındığı, murisin U.B. ile evliliğinden başvuruçunun da aralarında bulunduğu üç çocuğunun dünyaya geldiği, murisin 1975 tarihli vasiyetnamesi kapsamında çocuklarını tanımak suretiyle vasiyette bulunduğu, başvuruçunun ve kardeşlerinin Türk vatandaşlığına kabullerinin yapılarak nüfus aile kütüklerine tescillerinin yapılmasını talep etmeleri üzerine dava konusu işlemin tesis edildiği, murisin U.B. ile evliliği mutlak butlanla malul olmasına rağmen bu evlilikten doğan ve vasiyetname ile tanınan çocukların, anılan Kanun hükümleri uyarınca Türk vatandaşlığına kabulünde hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilmiştir.

ölüm tarihinde TKM'nin 292. maddesinin yürürlükte olmamasına rağmen, kendisinin doğum tarihi nazara alınmak suretiyle vasiyetnamedeki tanıma beyanının TKM'nin 292. madde çerçevesinde hüküm doğurmadığının kabul edilerek ilgili medeni hukuk ilkelerinin göz ardı edildiği, bu suretle anayasal temel hakların ihlal edildiği iddia edilmiştir. AYM tarafından, başvurucunun aile hayatına saygı ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmedilerek, karar yeniden yargılama yapılmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilmiştir.

AYM karar gerekçesindeki değerlendirmelere de, aşağıda anayasaya uygun yorumla bağlantılı olarak yer verilecek olup, gerekçede ilgili medeni hukuk kurum ve kavramlarının derece mahkemesi kararlarına göre daha isabetli şekilde değerlendirildiği görülmektedir. Bu bağlamda başta ölüme bağlı tasarrufun hüküm doğruduğu tarih olmak üzere, yürürlük meselesinin ve tanıma beyanının yorumu bağlamında ölüme bağlı tasarrufları yorumunda dikkate alınması gereken temel ilkelerin hatalı uygulandığı bu örnek, medeni hukuk uyuşmazlıklarının yorumunda özellikle anayasa uygun yorum prensibinin öncelikle göz önünde bulundurulması bakımından dikkate değerdir.

Vasiyetname yoluyla tanıma ve hukuki sonuçları, yürürlük meselesi kapsamında uygulanacak hukukun tespiti, ölüme bağlı tasarrufların yorumu çerçevesinde bir özel hukuk tasarrufu olan vasiyetnamenin yorumunda dikkate alınması gereken unsurların değerlendirileceği çalışmada, ilgili medeni hukuk kurum ve kavramları ele alınacak, anayasaya uygun yorum hizmet edecek unsurların tespiti amacıyla özel hukuk uyuşmazlıklarında temel hakların fonksiyonu üzerinde durulacaktır. Son olarak derece mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımı bağlamında yukarıda belirtilen örnek kararda yer alan tespitler de dikkate alınarak, bu konudaki medeni hukuk uygulaması değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. VASİYETNAME YOLUYLA TANIMA

Ölüme bağlı bir tasarruf olan vasiyetname içeriğinde tanıma beyanının yer aldığı hallerde, öncelikle ölüme bağlı tasarrufların ve bu kapsamda vasiyetnamede yer alıp tanıma niteliğinde olduğu iddia edilen beyanın hüküm doğurduğu tarihin, yürürlük meselesi çerçevesinde ilgili beyana uygulanacak hukukun tespiti gerekmektedir. Bunun yanı sıra, vasiyetnamede yer alan beyanın niteliğinin değerlendirilmesi de zaruridir. Bu kapsamda tanımaya

ilişin hükümlerin ve ölüme bağlı tasarrufun yorumuna dair ilkelerin ortaya konulması gerekmektedir.

A) YÜRÜRLÜK MESELESİ

Hangi tarihte yürürlükte olan kanun hükümlerinin uyuşmazlığın çözümünde belirleyici olacağı meselesi, ölüme bağlı tasarrufun hüküm doğurduğu tarihin tespiti ile bağlantılı olarak değerlendirilmelidir.

Özellikle ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı ve hüküm doğurduğu tarih arasında uzun bir süre geçmiş olması durumunda pozitif hukukta değişiklikler yaşanmış olması muhtemeldir. Bu durumda değerlendirme yapılırken, süreçte yaşanan kanun değişiklikleri ve varsa ilgili hükümlere ilişkin iptal kararlarının dikkate alınması gerekir.

Gelişen ve değişen toplumsal ihtiyaçlar sürekli yeni düzenlemeler yapılmasını gerektirmekte olup, kural olarak yasalar yürürlüğe girdikleri tarih^[8] ile yürürlükten kaldırdıkları tarihler arasında meydana gelen olay ve ilişkilere uygulanırlar. Bu mesele çeşitli teoriler çerçevesinde şekillense de, temel sorun hangi yasal düzenlemenin hangi zaman diliminde doğan veya sonuçlarını doğuran olaylara uygulanacağı meselesidir.^[9]

Kural olarak, yeni kanun bir kısım hakların ve hukuki statülerin kazanılmasında yeni şartlar aramakta ise, bu hükümlerin yürürlük tarihinden sonra uygulanması ve her kanunun kendi yürürlük süresindeki olguları düzenlemesi gerekir.^[10] Bu kapsamda esasen yasaların uygulanmasında birbirini izleme ilkesi hâkim olsa da, bazı hallerde, eski yasal düzenlemeler zamanında

[8] Kural olarak yürürlüğe giren bir kanun uygulanmaya başlanır. Ancak, kanunların yürürlüğe girmesi ile uygulanması ayrı kavramlardır. Yasa yürürlükte olmakla birlikte, uygulanması için gerekli şartlar mevcut değilse uygulanmaz. Sıkı Yönetim Kanunu, Olağanüstü Hal Kanunu bu duruma örnek gösterilebilir.

[9] Tekin Akıllıoğlu, “Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması,” *Anayasa Yargısı* 1, no. 4 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1984): 279; Hüseyin Hatemi, *Medenî Hukuk'a Giriş* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1999), 49.

[10] Hatemi, *Medenî Hukuk'a Giriş*, 49 vd.

başlayıp henüz sonuçlanmamış olay ve işlemlerin de yeni düzenlemelerden etkilenmesi mümkündür.^[11]

Yürürlük kanunlarıyla alakalı olarak uygulamada en fazla tereddüt oluşturan husus, eski kanun zamanında ortaya çıkmış ve yeni kanun döneminde devam eden hukuki uyumsuzluk ve süreçlere yeni kanunun etkisidir. Bu hususta yürürlük kanunları genel ilkeler koymakla yetinmekte ve somut hukuki değerlendirmelerin bu ilkeler ışığında karara bağlanması beklenmektedir. Aksi halde tüm hukuki meselelerin ayrıca ele alındığı, çok kapsamlı düzenlemelere ihtiyaç duyulacaktır ki, bu kabul yasa yapma tekniği açısından oldukça sıkıntılıdır.^[12] Hukukumuzda da kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olarak yürürlük kanunlarında bazı temel ilkelere yer verilmektedir. Bu kapsamda 4722 sayılı Kanun'da, Türk Kanunu Medenisi ve Türk Medeni Kanunu hükümlerindeki farklılıklar dikkate alınarak, uygulamada ortaya çıkabilecek yürürlük sorunlarına ilişkin hususların düzenlendiği görülmektedir.

Bu bağlamda 4722 sayılı Kanun'un 9. maddesinde “*Evlenme, boşanma ve evliliğin genel hükümleri*”, 10. maddesinde “*Mal rejimleri*”, 12. maddesinde “*Soybağı*”, 13. maddesinde “*Babalık Davası*”, 17. maddesinde “*Mirasçılık ve mirasın geçişi*” ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Soybağı hususunu düzenleyen 12. maddede, Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, sahil olmayan nesepli çocukların, yürürlük tarihinden başlayarak bu Kanunun soybağına ilişkin hükümlerine tâbi olacakları, mirasçılık ve mirasın geçişini düzenleyen 17. maddede ise, mirasçılık ve mirasın geçişinin, miras bırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirleneceği özel olarak belirtilmiş ve uygulamada sıkça karşılaşılacağı düşünülen yürürlük sorunları hakkında açık hükümler öngörülmüştür.

[11] Akıllıoğlu, “Zaman İçinde Uygulanma,” 280; Ali Nazım Sözer, “Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme,” *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, no. 8 (Haziran, 2013): 2478. Yazar yeni bir yasanın önceki bir durumu etkilemesi için onun döneminde de varlığını/etkisini sürdüren bir hak/fiil olması gerektiğini, yani dayanıklı, zaman boyutu (sürekliliği) olan bir hak/eylemin ancak sonradan çıkan bir normdan etkilenebileceğini, dayanıklı olayların etkilerinin belirli bir süre devam edeceğini belirterek, niteliksel açıdan farklı bir yaklaşım ortaya koymuştur.

[12] Başak Baysal, “Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü,” *İÜHFEM* 70, no. 1 (Mayıs 2012): 221.

Hukuk güvenliği ve kazanılmış haklara saygı prensibini temel alan kanunların geriye yürümezliği ilkesi^[13] yürürlük tartışmaları açısından önemli bir husustur.^[14] Kural olarak kanunlar, kabulünden sonra ortaya çıkacak olay ve hukuki ilişkilere uygulanmak üzere kabul edilirler. Bu husus da yeni kanunun etki alanının sadece eski kanun zamanında tamamlanmamış, hukuki sonuca ulaşmamış veya hiç oluşmamış işlemler bakımından söz konusu olacağı, eski kanun zamanında ve eski kanuna göre oluşmuş ve tamamlanmış işlemlerin yeni kanundan etkilenmeyeceği şeklinde yorumlanmaktadır.^[15] Bu kabul Anayasa'nın 2. maddesinde yer verilen hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Ancak, eski kanun zamanında doğmuş, ama etkilerini yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da devam ettiren bir hukuki işlemin hukuki sonuçlarına hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı tartışmalı olup, bu bağlamda çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Yaygın kabul, modern teori olarak da adlandırılan ve yeni kanun hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarihte tamamlanmamış hukuki işlemlere uygulanmasının geçmişe etkili kanun olarak kabul edilemeyeceğini, geçmişe etkili kanunun tamamlanmış hukuki ilişki ve olgulara müdahalede bulunan kanun olarak tanımlanması gerektiğini ifade etmektedir.

Hukukumuzda yürürlük meselesinin doğrudan bir anayasa normunda düzenlendiği tek hal cezai uyumsuzluklara ilişkin olarak öngörülmüş olan

[13] Geçmişe etkili olmama ilkesi Yargıtay kararlarında “...toplum barışının temel dayanağı olan hukuka ve özellikle kanunlara karşı güveni sağlamak ve hatta, kanun koyucunun keyfi hareketlerine engel olmak için öğretide tersini öngören bir hükmü kendi bünyesinde taşımayan bir kanunun kural olarak geriye yürümeyeceği (geçmişe etkili olamayacağı) esası kabul edilmiştir.” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Y. HGK., 20.2.2008 tarih, 2008/13-160 Esas, 2008/147 Karar.

[14] Hatemi, *Medenî Hukuk'a Giriş*, 49 vd. Geçmişe etki yasağını, kurulmuş ve hukuki sonuçlarını doğurmuş bir hukuki işleme müdahale edilmesi şeklinde tanımlayan görüş için bkz. Baysal, “Türk Borçlar Kanunu,” 230. Bu görüşe göre hiçbir durumda eski kanun zamanında kurulmuş ve sonuçlarını doğurmuş olan bir hukuki ilişki yeni kanunla geçersiz kılınmaz, bir kanun hükmü hâkim tarafından bile bu şekilde yorumlanamaz. Kanun koyucunun açık iradesiyle böyle bir düzenleme yapılmasının sınırı ise, anayasal güvence ölçütleridir. Aynı yönde bkz. Sözer, “Önceye Etki,” 2487.

[15] Baysal, “Türk Borçlar Kanunu,” 225 vd.

anayasal geriye yürümezlik kuralıdır.^[16] Bununla birlikte 4722 sayılı Kanun düzenlemelerine bakıldığında, 4722 sayılı Kanun'un "Geçmişe etkili olmama kuralı" başlığını taşıyan 1. maddesinde "Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukukî sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan işlemlerin hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçları, bu tarihten sonra dahi, yapıldıkları sırada yürürlükte bulunan kanunlara göre belirlenir. Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşen olaylara, Kanunda öngörülmemiş ayrık durumlar saklı kalmak kaydıyla, Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır." hükmüne yer verildiği görülmektedir.^[17]

Kanun koyucunun taraf iradelerinin üzerinde bir hukuki statü oluşturduğu hallerde^[18] veya kamu düzenine ilişkin kurallar söz konusu olduğunda ise, eski

[16] Bkz. Anayasa 15/II. madde; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. madde; Ayrıca ceza hukuku açısından fail lehine olan kuralın geçmişe etkili olabileceği de açıkça hükme bağlanmıştır. Bkz. Anayasa 38. madde; Akıllıoğlu, "Zaman İçinde Uygulanma," 280; Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımı bağlamında bkz. AYM, 31.05.1973 tarih, 1773/13 Esas, 1973/23 Karar.

[17] Benzer düzenleme 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un ilk maddesinde yine "Geçmişe etkili olmama kuralı" başlığı altında öngörülmemiş olup, Kanun'un 1. maddesinde "Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleştirilecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir." hükmü yer almıştır. Yine benzer anlayış 6103 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 2. maddesine ifade edilmiş "Bu Kanunda aksi öngörülmemiş veya farklı bir şekilde düzenlenmemişse: a) Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen olayların hukukî sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişlerse, o kanun hükümleri uygulanır. Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen olaylara Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır." düzenlemesine yer verilmiştir.

[18] 4722 sayılı Kanun 2. maddesinde yer verilen ve içeriği kanunla belirlenen ilişkiler başlığını taşıyan "İçerikleri tarafların istek ve iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilere, bunlar Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olsalar bile, bu Kanun hükümleri uygulanır"

düzenlemelerin ortadan kalkması ve yeni kanun hükümlerinin eski kanun zamanında doğmuş hukuki ilişkiler de dâhil olmak üzere uygulanması söz konusudur.^[19] Bu kapsamda 4722 sayılı Kanun sistematığına bakıldığında “*kamu düzeni ve genel ahlak, kazanılmış haklar*”^[20] gibi düzenlemelere yer

şeklindeki düzenleme, bu duruma örnek gösterilebilir. 6103 Sayılı Uygulama Kanunu aynı hususu 3. maddesinde “*Kanunla düzenlenen ilişkiler*” başlığı altında “*Tarafların iradelerinden bağımsız olarak, kanunla düzenlenen hukuki ilişkilere, bunlar Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olsalar bile, Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır.*” ifadesi ile benzer şekilde düzenlemiş, 6101 Sayılı Uygulama Kanunu’nun yine benzer anlayışla “*İçeriği kanunla belirlenen işlem ve ilişkiler*” başlığı ile getirilen 3. maddesinde ise, “*Türk Borçlar Kanunu hükümleri, yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak, daha önce gerçekleşmiş olsalar bile, içerikleri tarafların iradeleri gözetenilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilere uygulanır.*” düzenlemesine yer vermiştir. Bu bağlamda, 4722 sayılı Kanun’un 10. maddesinde yer alan ve “*Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar. Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan boşanma veya iptal davaları sonuçlanıncaya kadar eşler arasında tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Dava boşanma veya iptal kararıyla sonuçlanırsa, bu mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümler uygulanır. Davanın redle sonuçlanması hâlinde eşler, kararın kesinleşmesini izleyen bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, Kanunun yürürlük tarihinden geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar. Şu kadar ki eşler, yukarıdaki fıkralarda öngörülen bir yıllık süre içinde mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebilirler. Yukarıdaki hükümler uyarınca mal birliği veya mal ortaklığı rejiminin yasal mal rejimine dönüşmesi hâlinde, Türk Kanunu Medenîsinin ilgili mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümleri uygulanır.*” hükmünü içeren düzenlemenin ise, eşitlik ilkesine aykırılığı yönündeki eleştiriyi için bkz. Baysal, “Türk Borçlar Kanunu,” 230, dpn. 26.

[19] Bkz. Baysal, “Türk Borçlar Kanunu,” 227 vd.

[20] 4722 sayılı Kanun’un “*Kazanılmamış haklar*” başlığını taşıyan 4. maddesinde eski hukuk yürürlükte iken gerçekleşmiş olup da Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği sırada henüz herhangi bir hak doğurmamış olaylara, bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme dikkate alındığında, oluşumu tamamlanmamış olan bir hukuki işlem bütün unsurları ile yeni kanuna tabi sayılacaktır. Geçmişe etkili olmama ve kazanılmış hak bağlamında bkz. Akıllıoğlu, “Zaman İçinde Uygulanma,” 281 vd.; Hatemi, *Medenî Hukuk’a Giriş*, 49 vd.

verildiği görülmektedir.^[21] Geçmişe etkili olma başlığı altında yer verilen bu düzenlemelerde^[22] öncelikle kamu düzeni^[23] ve genel ahlâk hususunun ele alındığı, Türk Medenî Kanununun kamu düzeni ve genel ahlâkı bağlamaya yönelik kurallarının, haklarında ayırık bir hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanacağı, bu bakımdan, eski hukukun Türk Medenî Kanununa göre kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı olan kurallarının, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra hiçbir suretle uygulanmayacağına açıkça belirlendiği anlaşılmaktadır. Bu suretle kanun koyucu, kural olarak eski kanun zamanında oluşmuş hukuki durumların eski kanuna tabi olmaya devam edeceğini ifade etmiş, ancak kamu düzeni ve genel ahlâkı ilgilendiren hususlarda, yeni kanunun derhal uygulama alanı bulacağını ve bu düzenlemelere aykırı olan eski kanun hükümlerinin dikkate alınmayacağını belirlemiştir. Bu durumlar, hukuk düzeninde tam anlamıyla bir yeknesaklığa gereksinim duyulan hallerdir. Özellikle, iki olguya farklı hukuki düzenlemelerin uygulanmasının anayasal temel hak güvenceleri bağlamında (çoğu zaman eşitlik ilkesiyle bağlantılı olarak) ihlal oluşturacağı haller bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu nedenle söz konusu hukuki ilişkiler eski kanun zamanında kurulmuş olsa dahi, kamu düzeni gerekçesiyle yeni kanun hükümleri uygulama alanı bulur. Yargıtay da birçok kararında “*Kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kurallar yönünden de kanunların geriye yürümesi söz konusudur.*” prensibini açıkça ifade etmektedir.^[24]

Hangi düzenlemelerin kamu düzeni ve genel ahlak kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışmalı olmakla birlikte, soybağına ilişkin düzenlemelerin kamu düzeninden sayıldığı hususunda doktrin ve uygulamada (bu çerçevede AYM kararlarında da)^[25] yeknesaklık mevcuttur. Ayrıca 4722 sayılı

[21] Bu şekildeki bir sistematik klasik teorinin izlerini taşısa da, bu içerikteki hükümler yorumlanırken modern teori doğrultusunda geliştirilen ilkelerin dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Baysal, “Türk Borçlar Kanunu,” 232 vd.

[22] Geçmişe etkili düzenlemenin olanaklı olduğu durumlar hakkında bkz. AYM, 18.9.2008 tarih, 2006/37 Esas, 2008/141 Karar.

[23] Kamu düzeni ve derhal uygulamanın istisnası bağlamındaki eleştiriler için bkz. Başak Baysal, “Kanunların Zaman Bakımından Yürürlüğü,” içinde *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, (Ankara: Seçkin Kitabevi, 2004), 497 vd.

[24] Bkz. Yargıtay, 10. HD., 27.10.2008 tarih, 2007/15621 Esas, 2008/13325 Karar.

[25] Bkz. AYM, 27.10.2011 tarih, 2010/71 Esas, 2011/143 Karar.

Kanun'un yukarıda belirttiğimiz 12. maddesi de bu kapsamdaki hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğunu desteklemektedir.

Sözleşmeler söz konusu olduğunda ise, eski kanunun uygulanması yeni kamu düzeni kurallarına aykırı olmadıkça sözleşmeyi etkilememelidir.^[26]

B) TANIMA

Soybağı çocuk ile anne babası arasındaki doğal ve hukuki bağı ifade etmekte olup, biyolojik ve/veya hukuki bir bağlantıyı içerir. Doğal soybağı çocuk ile anne ve babası arasında salt genetik temellere dayanan bağ olarak nitelendirilmektedir. Hukuki soybağı ise çocuk ile anne ve babası arasındaki biyolojik/genetik ilişkinin hukukça tanınmasını ifade etmekle birlikte, her zaman kan bağına dayanmamakta, evlat edinme işlemi olduğu gibi sosyal ve manevi bağa dayalı olarak da kurulabilmektedir.^[27]

Soybağının tesisi noktasında, 743 sayılı Kanun ve 4721 sayılı Kanun'un öngördüğü düzenlemeler arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Soybağının oluşumu hususunda 743 sayılı Kanun'un kabul ettiği evlilik içi soybağı (sahih nesep-düzgün soybağı) ve evlilik dışı soybağı (gayri sahih nesep-düzgün olmayan soybağı) ayırımı, 4721 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile son bulmuştur. TKM uyarınca evlilik içinde doğan veya evlilik içinde ana rahmine düşen çocuklar ile evlilik dışında doğmuş olup ana babanın sonradan evlenmesi, hâkim hükmü veya af kanunlarına istinaden yapılan bir idari işlemle nesebi düzeltilmiş olan çocuklar, sahih nesepli çocuk olarak nitelendirilmiştir. Evlilik dışında doğmuş ve nesebin düzeltilmesi yolu ile sahih nesepli çocuk statüsünü elde edememiş fakat babaları tarafından tanınmış veya babaya karşı şahsi hal sonuçlu babalık hükmü elde etmiş çocuklar ise gayri sahih nesepli çocuklar olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu sistemde, tanıma veya babalığa hükmedilmesi durumunda dahi

[26] Bunun güven ilkesinin bir gereği olduğu, zira sözleşme taraflarının öznel kaynak olarak sözleşme hükümlerini düşündükleri ve sözleşme tarihindeki emredici kurallara uydukları, bu kapsamda eski kanun hükümlerinin uygulanması yeni kamu düzeni kurallarına aykırı olmadıkça sözleşmeyi etkilememesi gerektiği yönünde bkz. Hatemi, *Medenî Hukuk'a Giriş*, 48; Benzer yönde bkz. Baysal, "Türk Borçlar Kanunu," 227 vd.

[27] BB, Fatma Julia Ekinciler, § 79 vd.; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 2010), 327 vd.

çocuk ve baba arasında gayri sahih nesep bağı kurulduğu kabul edilmiş ve bu uygulama evlilik dışında dünyaya gelen çocukların, evlilik içi soybağı ile babaya bağlanan çocuklara nazaran daha elverişsiz bir hukuki rejime tabi tutulmalarına neden olmuştur.

Nesep bağı açısından yapılan bu ayırım, etkisini özellikle miras hakkı bağlamında göstermiştir. TKM'nin 443. maddesinin ikinci fıkrasında; gayri sahih nesepli çocukların baba yönünden mirasçılıklarında, sahih nesepli çocuklara nazaran yarı hisse ile miras alacakları öngörülmüştür. Ancak söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesinin 11/9/1987 tarihli ve E.1987/1, K.1987/18 sayılı kararı ile Anayasa'nın 10., 35. ve 41. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir. Yasada meydana gelen boşluk 14/11/1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanun ile doldurulmuş ve madde metni "*Nesebi sahih olmayan hısımlar, nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir.*" şeklini almıştır.

TMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte sahih nesep-gayri sahih nesep ayırımı sona ermiş olup, evlilik içinde veya dışında dünyaya gelmiş olmalarına bakılmaksızın tüm çocuklar için anne ve babalarına hukuken bağlanmalarını sağlayan tek bir soybağı öngörülmüştür. Bu kapsamda, çocuk ile anne arasındaki bağı doğumla, çocuk ile baba arasındaki bağı ise anne ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulacağı kabul edilmiştir. Ayrıca evlat edinmeye de soybağının kurulma şekilleri arasında yer verilmiştir. Bu suretle, evlilik içinde doğan çocuk ve baba arasında kurulan soybağı ile evlilik dışında doğan çocuk ve baba arasında kurulan soybağı arasında herhangi bir fark kalmamış, tanıma veya babalık hükmü ile, evlilik dışında dünyaya gelen çocuk ve baba arasında da normal bir soybağı kurulması sağlanmıştır.

Bu kapsamda tanıma, evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında soybağının tesis edilme vasıtalarından olup, yasada öngörülen geçerlilik şekillerinden biri çerçevesinde, baba tarafından yapılan tek taraflı irade açıklamasıyla soybağı ilişkisinin kurulmasını sağlayan bir hukuksal işlemdir.^[28] Tanıma beyanı, kurucu yenilik doğurucu bir işlem olup, bu beyanla birlikte baba ve çocuk arasında geçmişe etkili olarak (çocuğun doğum anından itibaren)

[28] Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), 100 vd.; Akıntürk ve Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku*, 346; Umut Yeniocak, "Çocuğun Vasiyetname Yoluyla Tanınması (Yargıtay Kararı İncelemesi)," *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no. 100 (Aralık, 2014): 123; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 58.

soybağı tesis edilmektedir. Tanıma, ancak evlilik dışı doğan ve babası ile soybağı ilişkisi kurulmamış olan çocuklar için söz konusu olmaktadır.

TKM 292. maddesi ile, birbiriyle evlenmeleri kesin surette yasak olan hısımlar arasındaki cinsel ilişkiden doğan, yani üst soy- alt soy, kardeşler, amca, dayı, hala, teyze ile yeğenler arasındaki ilişkiden dünyaya gelen çocuğun tanınamayacağını öngörmüştür. TMK ise söz konusu çocukların tanınmasını yasaklayan düzenlemeyi, çocuğun menfaatlerine uygun düşmediği gerekçesi ile benimsememiştir. Bunun yanı sıra TKM 292. madde hükmü ile, evli erkeklerin evlilik dışı ilişkilerinden doğan çocukların tanınmalarını da yasaklamıştır. Meşru aile birliklerini korumak amacıyla kabul edildiği belirtilen söz konusu düzenleme, Anayasa Mahkemesinin 28/2/1991 tarihli ve E. 1990/15, K. 1991/5 sayılı kararı ile iptal edilmiş, böylece evlilik dışı ilişkilerinden dünyaya gelen çocukların tanınması noktasındaki engel ortadan kalkmıştır. TMK sisteminde ise tanıma işlemi, evlilik dışı doğan her çocuk için babası ile soybağı ilişkisinin kurulmasını sağlayan hukuksal bir yoldur. Çocuğun, evli erkeğin evlilik dışı ilişkisinden doğmuş olması veya evlenmeleri yasak kişilerin ilişkilerinden dünyaya gelmesi tanımaya engel değildir.

Ölüme bağlı bir tasarruf içinde yer alması da mümkün olan tanıma, geçerlilik şekline bağlı bir hukuksal işlemdir. TKM döneminde tanımanın geçerli sayılabilmesi için resmi senetle ya da ölüme bağlı tasarruf ile yapılması aranırken TMK tanımanın; babanın, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da resmi senette veya vasiyetnamesinde^[29] yapacağı beyan ile olabileceğine hükmederek seçimlik nitelikte dört şekil öngörmüştür.^[30] Bununla birlikte her iki düzenlemede de tanımanın vasiyetnamede yer verilen bir beyanla yerine getirilebileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Şekil unsurunun sağlanabilmesi açısından vasiyetname türlerinden herhangi birisine (resmi, el yazısı, sözlü) uyulmuş olması yeterlidir. Bu seçimlik yollar dışında kanunda öngörülmemiş bir şekil ve yöntemle baba olduğunun kabulü, tanımanın hukuki sonuçlarını doğurmamaktadır.

[29] Her ne kadar TMK tanıma şekillerini düzenlerken, TKM'den farklı olarak "ölüme bağlı tasarruf" kavramı yerine "vasiyetname" kavramını kullanmış olsa da bu ifade farklılığının miras sözleşmesi ile tanıma beyanında bulunulamayacağı ve ölüme bağlı tasarruf ile tanıma beyanında bulunma imkânının kısıtlanması olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Akıntürk ve Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku*, 353.

[30] Akıntürk ve Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku*, 346 vd.

Vasiyetname ile yapılan tanıma işleminin diğerlerinden temel farkı, tanımanın hukuki sonuçlarının vasiyetçinin ölümünden sonra doğmasıdır.^[31] Zira vasiyetname ölüme bağlı bir hukuksal işlem olup, mirasbırakanın sağlığında yapılmış olmakla birlikte, hükümlerini ölümünden sonra doğurmasını arzuladığı bir hukuki işlemlerdir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, ölüme bağlı tasarrufta miras bırakanın son arzusu müphem ise, tasarrufun yorumu gündeme gelmektedir. Tek taraflı bir hukuksal işlem olan ve ölüme bağlı bir tasarruf olmakla hüküm ve sonuçlarını vasiyetçinin ölümü ile doğuran, bu nedenle irade beyanının yorumlanması anında vasiyetçinin hayatta olmadığı vasiyetnamelerin yorumunda, irade teorisinin yani vasiyetçinin vasiyetnameye verdiği anlamın esas alınması gerektiği doktrin ve yargısal uygulamalarda istikrarlı şekilde kabul edilmektedir. Söz konusu yorum yapılırken ölüme bağlı tasarrufun önceliği veya vasiyet lehine yorum (favor testamenti) olarak da adlandırılan ölüme bağlı tasarrufu ayakta tutma/yaşatma ilkesi de göz önünde bulundurulmaktadır. Bununla birlikte, özellikle vasiyetname ile yapılan tanıma beyanının yorumunda, belirtilen ilkeler ve murisin iradesi kadar önemli olan bir başka unsur çocuğun menfaatidir. Zira söz konusu yorum, evlilik dışında dünyaya gelen çocuk ile baba arasında soybağının kurulmasını temin etmektedir. Bu bağ ise çocuğun kişiliği ve malvarlığı hakları açısından önemli hukuki neticelerin meydana gelmesini sağlamaktadır.

TKM döneminde evlilik içinde ve dışında doğan çocukların tanıma veya babalığa hükmedilmesi halinde dahi sahih ve gayri sahih nesep ayırımına tabi tutulduğu ve bu farklılığın özellikle miras hakkı açısından farklı hukuki neticeler doğurduğu görülmektedir. TKM'nin evlilik içi ve evlilik dışı çocukların nesebine ilişkin hükümlerinin toplumsal hayata tam uyum sağlayamadığı, çıkan sorunları çözmekte yetersiz kaldığı ve evlilik dışı birleşmelerin önlenemediği belirtilerek bu tür birleşmelerin ürünü olan çocukların neseplerinin düzeltilmesi bakımından zaman zaman çıkarılan yasalar ile geçici

[31] Tanıma işleminin ölüme bağlı bir tasarruf içinde yapılabildiği gibi, sağlıkta da yapılabilen tek taraflı bir işlem olduğu, bu nedenle ölüme bağlı bir tasarruf olarak yapılacaksa kural olarak vasiyetnamede yer alması gerektiği, ancak bir miras sözleşmesinde yer almış ise şekil yönünden bir geçersizlik sebebi söz konusu olmayıp, bu gibi tasarrufların miras sözleşmesinin tek taraflı içeriğini oluşturduğu, geri alınmalarının da miras sözleşmesi kurallarına tabi olmadığı, ölüme kadar geri alınabilecekleri ve miras sözleşmesinden dönebilme (rücu) şartlarının aranmayacağı yönünde bkz. Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004), 65 vd.

nitelikte önlemler alınmaya çalışılmıştır. “*Af Kanunu*”, “*Tescil Edilmeyen Birleşmeler ile Bunlardan Doğan Çocukların Tescili Hakkında Kanun*” gibi değişik adlarla çıkartılan çeşitli yasalar ile bu toplumsal soruna çözüm aranmış ve ilk kez 1933 yılında çıkarılan 2330 sayılı Af Kanunu’nu, 1934 yılında 2576, 1945 yılında 4727, 1950 yılında 5524, 1956 yılında 6652, 1965 yılında 554, 1974 yılında 1826 ve 1981 yılında 2526 sayı ile çıkan kanunlar izlemiştir. Bu kanunlar ile evlilik dışı ilişkiden doğmuş çocukların nesepleri yönetsel yoldan sahih hale dönüşmüştür. 20/6/1974 tarihli ve 1826 sayılı Tescil Edilmeyen Birleşmeler ve Bunlardan Doğan Çocukların Cezasız Tescili Hakkında Kanun’un gerekçesinde “*Medeni Kanun yürürlüğe gireli yarım asra yakın bir süre geçmesine karşın evlenme ve nesebe ilişkin hükümler hala yerleşmemiştir. Ancak evlilik dışı çocukların Medeni Kanunu ihlalde bir kusurları yoktur. Bu çocuklar tanınmadıkça ya da yargıç tarafından babalığa hüküm verilmedikçe babaları hanesine kayıt edilebilme olanakları yoktur. Bu gibi çocuklar babasız olmanın üzüntüsünü her zaman yüreklerinde hissetmekte ve doğuştan topluma karşı küskün bir şekilde yetişmektedirler. Evlilik dışı ya da tescil edilmemiş evlenmelerden doğan çocukların hukuki statülerini Medeni Kanun çerçevesi içinde bir düzene koymamak ve onların bazı yurttaşlık haklarından yararlanmalarını engellemek adil bir hukuk devleti anlayışı ile bağdaşamaz.*” şeklindeki görüşlere yer verildiği görülmektedir.

Evlilik dışı doğan çocukların babaları ile nesep bağlarının tanzimi, sahih ve gayri sahih nesep ayırımı ve bunun sonuçlarına ilişkin olarak TKM’de yer alan hükümlerin Anayasa Mahkemesi kararlarına da sıklıkla konu olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin, 21/5/1981 tarih ve E. 1980/29, K. 1981/22 sayılı kararı ile TKM’nin 310. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Münasebeti cinsiye zamanında, müddeialehy evli ise, hâkim, babalığa hükmedemez.*” biçimindeki kural iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararından sonra erkeğin evlilik dışı ilişkisinden doğan çocuğun babalık davası yoluyla nesebinin gayri sahih hale getirilmesine yasal engel kalmamıştır. Devam eden süreçte, Anayasa Mahkemesinin 11/9/1987 tarihli ve E.1987/1, K.1987/18 sayılı kararı ile TKM’nin sahih olmayan nesep miras haklarına yönelik 443. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinin ve aynı maddenin ikinci fıkrasının Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir. Bu karar sonrasında oluşan boşluk 3678 sayılı Kanun’un 9. maddesi ile doldurulmak suretiyle, evlilik dışı

çocukların hukuksal konumlarındaki farklılık büyük ölçüde giderilmiş ve nesebi gayrı sahih çocukların, mirastan nesebi sahih çocuklar gibi tam pay alması gerektiği kabul edilmiştir.

Yine bu kapsamda, Anayasa Mahkemesinin 28/2/1991 tarihli ve E.1990/15, K.1991/5 sayılı kararı ile TKM'nin 292. maddesinde yer alan “Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuk, tanınmaz.” hükmünde yer alan “erkek ve” ibaresi Anayasa'nın 5., 10., 12. ve 41. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir. İptal gerekçesinde yer verilen hukuka ve sosyal alana ilişkin tespitler, somut başvuru açısından da dikkate alınması gereken önemli değerlendirmelerdir. Gerekçede; itiraz konusu kuralın zina ürünü çocuğun tanınamayacağını belirleyerek çocuğun doğal babası ile arasında sahih olmayan nesep ilişkisi kurulmasını önlediği, bu durumdaki çocuğun babasının nüfusuna kaydedilmek, mirasçısı olmak, babanın soyadını almak gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahip olamadığı, çocuğun annesinin ve babasının kusurundan sorumlu tutularak toplum içinde aşağılandığı ve kimi haklardan yoksun kılınmışlığın getirdiği ezikle maddi ve manevi gelişme olanağını bula-mamak suretiyle toplumdan soyutlandığı belirtilmiştir. Bu nedenle itiraz konusu kuralın, söz konusu çocukların temel hak ve özgürlüklerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırladığından Anayasa'nın 5. maddesine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca söz konusu kuralın, evlilik dışında doğan bir grup çocuğun, babalarının tanıma yoluyla belirlenmesini ve nesebi sahih olmayan çocuk durumuna gelmelerini engellediği ve bu çocukların diğerlerine oranla maddi ve manevi ayrılık içine itilmelerine neden olarak, kişiliklerinin serbestçe oluşumu ve gelişimi hakkının tanınmadığı vurgulanmıştır. Ana rahmine düştüğü sırada babası annesinden başka biriyle evli olan çocukla, babası evli olmayan çocuk arasında yapay bir ayırım yapılarak, birinci çocuk babaya karşı nesepsiz duruma düşürülürken ikincisine babasına sahih olmayan nesep bağı ile bağlanma olanağı tanınmasının eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı ve bunun haklı nedeninin de gösterilemeyeceği tespit edilmiştir. Uygar ülkelerin, nesebi sahih ve nesebi gayrı sahih çocuklar arasındaki tüm eşitsizlikleri kaldırdıkları, hangi nedenle olursa olsun dünyaya gelen kişinin haklarının engellenmesi veya azaltılması ve böylece nesebi sahih çocuklar yanında ayrıcalıklı hukuki durum oluşturulmasının eşitlikle bağdaşmayacağı, bu nedenle itiraz konusu kuralın evli babanın evlilik dışı ilişkisinden doğan çocukların neseplerinin gayrı sahih hale getirilmesini önleyip evlilik dışı doğan çocuklar arasında dahi babalarının

evli olup olmamasına göre bir ayrılığa neden olduğu, bu nedenle Anayasa'nın 10. maddesine aykırı görüldüğü belirtilmiştir. Gerekçede ayrıca, Anayasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasındaki kural ile herkesin, yalnız insan olması nedeniyle kişiliğine bağlı, kendisinin dahi vazgeçemeyeceği kimi temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunun belirlendiği, kişilik doğumla başlayıp ölümlerle sona ereceğine göre kendi ana babasını seçme olanağı bulunmayan çocuğun, evlilik dışı dünyaya gelse bile Anayasa'nın sözü edilen maddesindeki "herkes" sözcüğünün kapsamı içinde olduğu vurgulanmıştır. İtiraz konusu kuralın, çocuğun kişiliğine bağlı temel haklarına engel oluşturarak Anayasa'nın 12. maddesine aykırı olduğu, söz konusu kural kapsamında evlilik dışında doğan çocuğun toplum içinde yalnızlığa itilerek horlanacağı, ekonomik açıdan güçsüz bırakılarak korunamayacağı öngörüldüğünde, erkeğin evlilik dışı ilişkisi ürünü çocukların babaları tarafından tanınmalarını engelleyen itiraz konusu kuralın, çocuğun korunmasına ilişkin Anayasal kural ile çeliştiği ifade edilmiştir. Tüm toplumlarda çocuğun öneminin sürekli biçimde korunduğunu, çocukların her yönüyle sağlıklı ve dengeli yetiştirilmelerinin toplumun geleceği açısından yaşamsal önem taşıdığını ve çocukların her türlü olumsuz etkilerden uzak tutulmalarının zorunlu olduğunu dikkate alan AYM, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 41. maddesinde yer alan çocukların korunması ilkesine de aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Söz konusu iptal kararında yer verilen değerlendirmeler, özellikle çocukların üstün menfaatleri bağlamında, ölüme bağlı tasarruflarda yer verilen tanıma beyanlarının yorumunda da göz önünde bulundurulması gereken çok önemli tespitlerdir.

C) ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN YORUMU

Ölüme bağlı tasarruflar temel olarak maddi ve şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar olarak tasnif edilmektedir. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar, ölüme bağlı tasarrufun yapılacağı şekli/metnin meydana gelişini ifade etmekte olup, TMK açıkça vasiyetname ve miras sözleşmesi olmak üzere iki tür ölüme bağlı tasarruf olduğunu belirtmektedir. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar ise, ölüme bağlı tasarrufun öngördüğü hususu/içeriğini/içeriği oluşturabilecek münferit işlemlerden her birini tanımlamakta olup, mirasçı tayininden miras paylaşma kuralları konulmasına, koşul ve yüklemeler öngörülmesinden evlilik dışı çocuğun tanınmasına kadar çok geniş bir yelpazeyi kapsamına almaktadır. Ölüme bağlı tasarruf türlerinden olan

ve tek taraflı bir tasarruf işlemi olan vasiyetnamenin de, maddi anlamda belirtilen bu içerikleri haiz olması mümkündür.^[32]

Ölüme bağlı tasarruflar, mirasbırakanın sağlığında yapılmış olmakla birlikte, hükümlerini ölümünden sonra doğurmasını^[33] arzuladığı hukuki işlemlerdir.^[34] Tasarrufun hüküm doğurduğu tarihte söz konusu tasarruf sahibi hayatta olmadığı için, ilgili tasarruf ve sonuçlarının hukuken anlamlandırılmasına dair sorunlar yaşanması muhtemel olup, uygulamada benzer problemlerle sıkça karşılaşıldığı görülmektedir.

Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türlerinden olan vasiyetnameler açısından çoğu kez yorumlanma ihtiyacı doğar. Zira murisin ölüme bağlı tasarruftaki iradesi her zaman kolayca anlaşılabilir. Bu anlamda murisin arzusu müphem ise^[35] tasarrufun yorumlanması ihtiyacı doğar. Tasarrufta yer alan ifadelerin murisin gerçek iradesini ortaya koyma açısından yetersiz oluşu, açık olmayışı veya farklı anlamlara gelmesi bunda önemli rol oynadığı gibi, bilgi ve tecrübe yetersizliği ve hukuki bilgi eksikliği nedeniyle yanlış anlamda kullanılan ifadeler ile özellikle tasarrufun yapıldığı ve hüküm doğurduğu zaman arasında uzun bir sürenin geçmiş olduğu durumlarda pozitif hukukta

[32] Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 92 vd.; Hatemi, *Miras Hukuku*, 62, 65 vd.; Hasan İlgüzar, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 37 vd.

[33] Bkz. Yargıtay 3. HD, 26.04.2016 tarih, 2015/8642 Esas; 2016/6577 Karar, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim tarihi: 11.12.2020); Ömer Bağcı, "TMK'nun Miras Hukuku Hükümlerinin Zaman Bakımından Uygulanmasına ve Vasiyetnamelerin Yorumuna İlişkin Düşünceler," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no.2 (Ağustos, 2015): 43; Ölüm gerçekleşmedikçe, bir beklenen hak olduğu ve bu hususta dava açılmayacağı ve tasarruftan yararlanabilmek için murisin ölüm tarihinde hayatta olma koşulu yönünde bkz. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 94; İlgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras Hukuku*, 23 vd.; Hatemi, *Miras Hukuku*, 61 vd.

[34] Kılıçoğlu, ölüme bağlı tasarrufların, ölüme bağlı hukuksal işlemler olarak algılanmasının daha isabetli olacağını, zira sadece tasarruflarla ve mirasçı tayini ile sınırlı olmadığını belirtmekte; bu kapsamda ölüme bağlı bir tasarruf ile sadece mirasçı atanması veya belirli bir mal bırakılmasının söz konusu olmamasının, bunlar dışında da murisin son arzularına yönelik diğer işlemleri de yapabilmesinin, örneğin koşul ve yüklenme öngörülebilen, vasiyeti tenfiz memuru atanabilmesinin bu kapsamda ele alınabilecek işlemler olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 91.

[35] Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 175.

meydana gelen değişikliklerin tasarruf anında öngörülememiş olması da, ölüme bağlı tasarrufun yorumunda tereddüde düşülmesine yol açabilir.^[36] Bu gibi durumlarda, yorum faaliyeti ile murisin gerçek iradesinin ortaya konulması amaçlanır.^[37] Bu kapsamda ölüme bağlı tasarruflarda yorum, dış dünyaya yansıyan sözleri, hareket tarzı^[38] ve sair hususlar^[39] vasıtasıyla,^[40]

[36] Şamil Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” *TAAD* 4, no. 14 (Temmuz, 2013): 1153; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 175.

[37] Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 1154 vd.; Özge Öncü, “Vasiyetnamenin Yorumunda İma Teorisi,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 2 (Aralık, 2018): 312; Bağcı, “Miras Hukuku,” 44. Bu bağlamda vasiyetname ve miras sözleşmesinin yorumunda da farklılıklar vardır. Zira vasiyetname tek taraflı bir hukuki işlemken, miras sözleşmeleri iki taraflı hukuki işlemlerdir. Bu kapsamda vasiyetnamede murisin iradesi üzerinde durulurken, miras sözleşmesinde iki tarafın da iradesi dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması zorunludur. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Sanem Aksoy Dursun, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler,” *İÜHF* 66, no. 2 (Aralık, 2008): 319 vd.; Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 1153.

[38] Murisin yaşam ilişkilerine, tasarruf tarihinde ve bu tarihten sonra mirasçıları ile olan ilişki ve bağına bakılabileceği yönünde ve bu görüşün eleştirisi bağlamında bkz. Cem Baygın, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum,” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1-2 (2000): 574; Aksoy Dursun, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 322.

[39] Bu unsurların tümü externe (dış olgular) olarak tanımlanmakta ve bu kapsamda, murisin alışkanlıkları, huyları, karakteri, ilişki içinde olduğu kişiler, çevresi, varsa üye olduğu dernekler veya kurumlar, siyasi ilişkileri, tasarrufun hazırlandığı dönemdeki şartlar, murisin yaptığı yazışmalar, mektuplar, notlar, haritalar, yazılı diğer belgeleri, hesapları, defterleri hatta sözlü beyanlarının bile dikkate alınabileceği yönündeki görüş bkz. Aksoy Dursun, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 325; Ayrıca bkz. İlgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras Hukuku*, 55; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 177.

[40] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin, ölüme bağlı tasarrufun yapılmasından sonra yasal değişikliklerin meydana gelmesi ve bu değişikliklerin ölüme bağlı tasarrufun tenfizi bakımından farklılığa sebep olması durumunda, mirasbırakanın, vasiyetnamesini düzenlediği tarihte kanun değişikliği gerçekleşmiş olsaydı ne tarzda bir kazandırma yapacağına tespit edilmesi gerektiği, bu bağlamda amaçsal yorum yönteminin benimsediği kararı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 01.07.2013 tarih, 2013/9138 Esas, 2013/11282 Karar. Bu karar uyarınca, vasiyetnamenin lafzi yorumu yerine, mirasbırakanın gerçek iradesinin ve amacının tespiti ve bunu olanaklı kılan tüm verilerin, bilgi, belge ve olayların dikkate alınması gerekmektedir.

murisinin söz konusu tasarrufta esasen neyi kastettiğinin, yani gerçek iradesinin tespitine yönelik bir faaliyettir. Yorumda mirasbırakanın gerçek iradesine ulaşılması amaçlandığı^[41] için, çoğu zaman tasarruf dışı durum ve koşulların da yorumda dikkate alınması gerekmektedir.^[42]

Türk hukukunda normatif olarak, yoruma ilişkin ayrıntılı prensiplere yer verilmeyerek^[43] hâkime geniş bir takdir yetkisi bırakılmıştır. Bu bir taraftan uygulama serbestisi tanırken, diğer yandan yorum faaliyetini zorlaştırmaktadır. Bununla birlikte, kanun koyucunun belirlediği genel ilkeler de dikkate alınmak suretiyle, doktrin ve yargısal kararlarda belirli yorum ilkelerinin belirlendiği ve çeşitli teorilerin ortaya konulduğu görülmektedir.^[44] Ölüme bağlı tasarrufların yorumunda, irade teorisi (yorumda beyan sahibinin/murisin irade beyanına verdiği anlamın esas alınması)^[45] ve bu bağlamda vasiyetname lehine yorum ilkesi (favor testamenti-şüphe halinde

[41] Vasiyetnamede esasen açıklayıcı ve tamamlayıcı yorum türleri söz konusu olup, açıklayıcı yorumda, mirasbırakanın son arzularının ortaya çıkarılması amacıyla, mirasbırakanın beyanıyla gerçekte ne söylemek istediğinin belirlenmesi söz konusudur. Tamamlayıcı yorumda ise mirasbırakanın farazi iradesi dikkate alınarak vasiyetnamedeki boşlukların tamamlanması söz konusudur. Vasiyetnamede yorum türleri bağlamında ayrıntılı bilgi için bkz. Öncü, “Vasiyetnamenin Yorumunda İma Teorisi,” 313 vd.; Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 1158 vd.; Baygın, “Ölüme Bağlı Tasarruflar,” 568.

[42] Nagehan Kırkbeşoğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, no. 4 (Ekim, 2019): 204, 206 vd.

[43] Sözleşmeler alanında, TBK'nın sözleşmelerin yorumunu düzenleyen 19. maddesinde “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.” düzenlemesi yer almaktadır. Yine mevzuatta spesifik durumlara ilişkin bazı yorum ilkelerine yer verildiği görülmektedir. Bu kapsamda Türk Borçlar Kanunu'nun 23. maddesinde genel işlem şartlarının yorumuna ilişkin olarak “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” hükmünün yer aldığı görülmektedir.

[44] İşgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras Hukuku*, 54 vd.; Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 1153 vd.;

[45] Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 175; Kırkbeşoğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 206.

hukuki işlemi ayakta tutma)^[46] ve yine şüphe halinde yasal mirasçılığa öncelik verme^[47] şeklindeki yorum kuralları genel kabul görmeye birlikte, vasiyetnamenin yorumunda ileri sürülen görüşler farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda açıklayıcı yorum genellikle kabul görmeye birlikte, tamamlayıcı yorum üzerindeki tartışmaların sürdüğü görülmektedir.^[48] Yine açıklayıcı yorum bağlamında açıklık teorisi,^[49] günümüzde hemen hemen terk edilmiş bir anlayış olmakla birlikte,^[50] ima teorisi de üzerinde yoğun tartışmalar yürütülen bir başka alandır.^[51]

Vasiyetnamenin yorumunda temel prensip, murisin gerçek iradesinin ortaya çıkarılması ve tasarrufun bu iradeye/tasarrufun asıl amacına uygun şekilde yorumlanmasıdır.^[52] Vasiyetnamenin yorumlanmasında dikkate

[46] Kırkbeşoğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 208 vd.

[47] Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 1162.

[48] Kırkbeşoğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 198 vd.; Mehmet Serkan Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 44, 51.

[49] Tasarrufta yer alan kelime anlamının açık olması durumunda yorum yapılmasına ihtiyaç olmadığını ifade eden açıklık teorisi, günümüzde artık yaygın olarak kabul görmeyen bir anlayıştır. Zira tasarrufta yer verilen kelimeler, ilk bakışta çok açık bir anlama işaret eder görünse de, murisin hayat tarzı dikkate alındığında, kelime anlamını aşan bir içeriğe sahip olduğu sonucuna varılabilir. Açıklık teorisi uyarınca tasarrufta kullanılan kelimelerin net olması durumunda yoruma ve bağlamda vasiyetname metni dışı unsurlara da başvurulmasına gerek yoktur. Türk Hukuk doktrininde hâkim görüş, açıklık teorisinin uygulanmaması yönündedir. Bkz. Öncü, “Vasiyetnamenin Yorumunda İma Teorisi” 314 vd.; Aksoy Dursun, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 322; Kırkbeşoğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 215-216; Gerek İBK md.18/I gerek TBK md.19/I hükmünün açıklık teorisi ile bağdaşmadığı, zira her iki hükmün de açık bir beyana rağmen, bunun başka bir anlama gelebileceğini kabul ettiği yönünde bkz. Nurcihan Dalcı Özdoğan, “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no.1 (Haziran, 2017): 42.

[50] Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, 35.

[51] Bu teori ve yaklaşımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 1151-1173; Aksoy Dursun, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 311-326; Öncü, “Vasiyetnamenin Yorumunda İma Teorisi,” 307-374; Kırkbeşoğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 216 vd.

[52] İşgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras Hukuku*, 54.

alınması gereken bir diğer önemli ilke “vasiyetname lehine yorum ilkesi (favor testamenti)” olup, bu prensip ölüme bağlı tasarrufun ayakta tutulabilmesini amaçlar.^[53] İlkenin amacından yola çıkılarak “vasiyetnameyi kurtarıcı yorum ilkesi” olarak da adlandırıldığı görülmektedir.^[54] Elbette hükümsüz olan bir tasarruf yorum yoluyla düzeltilemez. Ancak vasiyetname lehine yorum ilkesi gereğince, yorum faaliyeti neticesinde ilgili tasarrufun içeriği ve bu bağlamda murisin iradesi farklı şekillerde anlaşılabilir ve bunlardan biri vasiyetnamenin geçerli sayılması sonucunu doğuruyorsa, bu yoruma üstünlük tanınması suretiyle, söz konusu ölüme bağlı tasarrufun geçerli sayılmasına imkân sağlanması gerektiği kabul edilmektedir.^[55] Bu ilke yasada açıkça düzenlenmemiş olsa da^[56] farklı kanun maddeleri incelendiğinde kanun koyucunun bu yorum ilkesini benimsediği görülmektedir.^[57] Bu bağlamda TMK’nın 504/2. maddesinde yer verilen “Ölüme bağlı tasarrufta kişinin veya şeyin belirtilmesinde açık yanılma halinde miras bırakanın gerçek arzusu kesin olarak tespit edilebilirse, tasarruf bu arzuya göre düzeltilir.” hükmü, beyan hataları özelinde, vasiyetname lehine yorum ilkesine de temel oluşturmaktadır.^[58] Bir diğer önemli hüküm TMK m. 577/II’de yer alan düzenleme olup “Tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğa belli bir amaç için

[53] Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, 77.

[54] Kırkbeşoğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 208.

[55] Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 177 vd.; İşgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras Hukuku*, 54 vd.; Aksoy Dursun, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 312 vd.

[56] Alman ve Fransız Medeni Kanunlarında ise bu kurala açık olarak yer verilmiştir. İşgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras Hukuku*, 54.; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, 74 vd.

[57] Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 178; Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 1163; Hatemi, *Miras Hukuku*, 109.

[58] Saik hatalarında da bu ilkenin uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalı olup, bu hususta bkz. Aksoy Dursun, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 313. Ancak TMK 504/I. maddede yer alan “Mirasbırakanın yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama etkisi altında yaptığı ölüme bağlı tasarruf geçersizdir. Ancak, mirasbırakan yanıldığını veya aldatıldığını öğrendiği ya da korkutma veya zorlamanın etkisinden kurtulduğu gündün başlayarak bir yıl içinde tasarruftan dönmediği takdirde tasarruf geçerli sayılır.” hükmü gereğince, miras bırakan yanıldığını öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl içinde tasarruftan dönmediği takdirde tasarruf geçerli sayılır.

yapılan kazandırmaları, o topluluk içindeki kişiler, mirasbırakan tarafından belirlenen bu amacı gerçekleştirme kaydıyla birlikte edinmiş olurlar; amacın bu yolla gerçekleştirilmesine olanak yoksa, yapılan kazandırma vakıf kurma sayılır.” hükmü, tasarrufun vakıf kurma sayılarak ayakta tutulabilmesini düzenlemektedir.^[59] Tüm bu normlar Türk Hukukunda favor testamenti kuralının kabul edildiğini göstermektedir. Kanun koyucunun tasarrufun amacına ulaşabilmesi için gerekli genel yorum ilkelerini belirterek, ölüme bağlı tasarrufun ayakta kalmasını sağlamaya çalıştığı anlaşılmaktadır.^[60] Ancak bu enstrümanın amacı aşacak şekilde kullanılmaması gereği de ortadadır.^[61]

Murisin düzenleme eksikliğinin bulunması veya pozitif hükümlerde değişiklik olması nedeniyle boşluk doğması halinde de, bu boşluğun tamamlayıcı yorum ile doldurulması gerekir.^[62] Bu gibi durumlarda murisin sonradan meydana gelebilecek değişiklikleri öngörmesi halinde ne gibi bir düzenlemede

[59] Bkz. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 178.

[60] Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu” 1163 vd.; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 95. Esasen sağlararası hukuksala işlemler gibi, hukuksal işlem niteliğini haiz olmakla birlikte, ölüme bağlı hukuksal işlemler geçerlilik koşulları bağlamında geçersizlik yaptırımı yönünden de daha korunaklı bir hukuksal işlem grubudur. Bu bağlamda sağlararası hukuksal işlemler şekle aykırılık (benzer şekilde hukuka ve ahlaka aykırılık) durumunda butlanla karşılaşırken, ölüme bağlı tasarruflar iptal edilebilirlik yaptırımına tabi tutulmuş olup, bu işlemleri olabildiğince ayakta tutma amacıyla sakatlık nedenleri işlemi kendiliğinden geçersiz hale getirmemekte, belirli bir süre içinde açılması zaruri olan iptal davasına konu olabilecekleri öngörülmektedir. İşlem ehliyeti yönünden de ölüme bağlı tasarruflar farklı hükümlere tabi olup, örneğin sağlararası bir hukuksal işlem için tam ehliyet aranırken ölüme bağlı bir hukuksal işlem olan vasiyetname için 15 yaşın ikmalî koşulu aranmaktadır (TMK 502. md.). Bkz. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 92, 95; İşgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras Hukuku*, 35 vd.

[61] Aynı yönde bkz. Kırkbeşoğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 201.

[62] Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 1157; Aksoy Dursun, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 314 vd; Ayrıca hale ilişkin bir saik hatası veya bir öngörü hatası arasında ayırım yapılmasının fonksiyonel olmadığı, her iki halde de tamamlayıcı yoruma gerek olup olmadığı, yani boşluk doğup doğmadığını tespit edilmesi suretiyle murisin farazi iradesinin araştırılarak oluşan hatanın düzeltilmesi yahut hukuki işlemin değişen duruma uydurulması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Aksoy Dursun, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 316.

bulunacağı, yani farazi iradesi^[63] tespit edilerek sonuca ulaşılmaya çalışılır. Tamamlayıcı yorumda, vasiyetnamedeki boşlukların mirasbırakanın farazi iradesinin tespit edilmesi suretiyle doldurulması söz konusu olup, vasiyetnamede ilgili hususun açık ya da örtülü şekilde ifade edilmemesi nedeniyle oluşan boşluklar yorum yoluyla değerlendirilmektedir. Ancak tamamlayıcı yorum da, murisin farazi iradesi tespit edilmeye çalışırken, murisin iradesinin yerine, yorum yapanın iradesinin geçmesine yol açabileceği belirtilerek eleştirilmektedir.^[64]

Ölüme bağlı tasarrufların yorumunda, üzerinde durulması gereken bir diğer teori ima teorisidir. Bu teori uyarınca, ilgili ölüme bağlı tasarrufun metninde murisin gerçek iradesinin tespitine vasıta olabilecek bir bağlantı noktası/ima varsa, bundan yola çıkılarak yorum yapılabilir. İma teorisi, ölüme bağlı tasarrufların yorumlanmasında bir taraftan tasarruf dışı olgular da dikkate alınarak mirasbırakanın gerçek iradesine ulaşılmaması gerekirken, diğer yandan bu tasarrufların şekle bağlı hukuki işlemler olmaları arasındaki çelişkiyi aşmak üzere ortaya atılmış bir teori olup, murisin tasarruf dışı olgular dikkate alınarak belirlenen iradesinin vasiyetname metninde en azından ima edilerek de olsa açıklanmış olmasını aramaktadır.^[65] Bu kapsamda murisin, ölüme bağlı tasarruftaki iradesi açık olmamakla birlikte, açıklamak istediği iradesini ima eden bir ifade kullanmış olması zaruridir.^[66] Doktrinde ima teorisi genel olarak kabul edilmekle birlikte,^[67] favor testamenti ilkesinin ön planda tutulmasının zaruri olduğu, bu kapsamda bütün yorum araçlarından faydalanılmak suretiyle öncelikle murisin gerçek iradesinin tespit edilmesi gerektiği, metin dışında murisin iradesini tespiti yarayan her hususun delil

[63] Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 1158; Farazi irade kavramı Türk hukuk doktrinde genellikle kabul görmemekle beraber, eldeki bütün veriler değerlendirildiğinde murisin farazi iradesini tespit etmek mümkünse, bu durumda tamamlayıcı yorumu reddetmenin doğru olmayacağı yönünde bkz. Aksoy Dursun, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 321 vd.

[64] Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 1161-1162.

[65] Öncü, “Vasiyetnamenin Yorumunda İma Teorisi,” 317 vd.; Aksoy Dursun, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 323 vd.

[66] Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 1160.

[67] Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, 46; Kırkbeşoğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 217 vd.

olarak değerlendirilmesinin de mümkün olduğu, ima teorisinin yorumu oldukça sınırlandırdığı, favor testamenti ve irade prensibi ile bağdaşır bağdaşmadığının şüphe arz ettiği ve bu teorinin hukuki güvenliği zedeleyecek oranda rastlantısal olma sakıncası barındırdığı belirtilerek eleştirilmektedir.^[68]

Ölüme bağlı tasarrufların yorumunda, yedek kanun hükümlerinin/özel yorum kurallarının bir işlevinin olup olmadığı meselesi üzerinde de durulmalıdır.^[69] Bu kapsamda değerlendirilmesi gereken en önemli hüküm TMK 560/II. fıkraya olup “*Yasal mirasçılarının paylarına ilişkin olarak tasarrufta yer alan kurallar, mirasbırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça, sadece paylaşırma kuralları sayılır.*” hükmünü taşımaktadır.^[70] Bir diğer önemli düzenleme TMK 516/II. maddede yer alan “*Bir kişinin, mirasın tamamını veya belli bir oranını almasını içeren her tasarruf, mirasçı atanması sayılır.*” hükmüdür. Bu bağlamda murisin terekenin tamamını veya belirli bir oranını mirasçılardan birine bırakmaya yönelik iradesi, mirasçı atama olarak kabul edilirken, terekedeki münferit bir malı bırakması halinde bir mal vasiyeti bulunduğu kabulü gerekir.^[71]

Söz konusu ilke ve teoriler bağlamında Türk hukuk öğretisi ve yargı kararlarındaki yaygın kabul, vasiyetnamelerin yorumunda irade teorisinin uygulama alanı bulması yönündedir.^[72] Bu kapsamda, mirasbırakanın için-

[68] Bkz. Aksoy Dursun, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 323; Eleştiriler hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Öncü, “Vasiyetnamenin Yorumunda İma Teorisi,” 323 vd.; Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 1160.

[69] Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi, *Miras Hukuku*, 109-111; Aksoy Dursun, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 325 vd.

[70] Kırkbeşoğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 212; Ayrıca bkz. TMK m.647/III md. Hüküm “*Aksini arzu ettiği tasarruftan anlaşılmadıkça, mirasbırakanın tereke malını bir mirasçıya özgülemesi, vasiyet olmayıp sadece paylaşırma kuralı sayılır*” düzenlemesini içermektedir.

[71] Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 1166; Kırkbeşoğlu, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 214 vd.

[72] Bir diğer yorum teorisi olan güven teorisi, genellikle borç sözleşmelerinde irade beyanlarının yorumlanmasında kullanılmakta olup, sözleşen tarafların kullanılan ifadelerle farklı anlamlar vermeleri durumunda beyanın muhatabının tüm unsurları dürüstlük kuralı ışığında değerlendirilerek beyana verilmesi gereken anlamın tespitini öngörür. Ölüme bağlı tasarrufların yorumunda ise irade prensibi uygulanarak, murisin

den geçen irade ve irade beyanına verdiği anlam esas alınır. Murisin iradesi ile onun dışı vurulmuş hali olan beyan arasında bir uyumsuzluk varsa beyanın dayanağını teşkil eden irade göz önünde bulundurulmalıdır.^[73] Bu kapsamda, ilgili tasarrufta yer alan düzenlemelerin kelime anlamları ile bağlı kalınmayarak, tasarruf dışı koşulların da yorumda dikkate alınması ve bu suretle beyan sahibin gerçek iradesinin belirlenmesi, bu amaçla sübjektif nitelikte bir yorum yapılması öngörülmektedir.^[74]

Esasen vasiyetname miras sözleşmesinden farklı olarak tek tarafı bir hukuksal işlem olup, iki taraflı hukuksal işlemlerden farklı olarak işleme katılan bir diğer tarafı barındırmamaktadır. Bu kapsamda vasiyetname içeriğinde yer alan maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun yorumuna ihtiyaç duyulduğunda, vasiyetçinin/murisin beyana verdiği anlamın esas alınması/ irade teorisinin benimsenmesi, tasarrufun ana amacının ortaya konulması açısından önemlidir.^[75]

Yargısal uygulamaya bakıldığında, vasiyetname dışı olguların (externa) da yorumda kullanılabilmesi kabul edilmekle birlikte, tasarruf içeriğinde hiçbir dayanağı olmayan olguların yorum yoluyla eklenmesinin mümkün olmayacağını belirtildiği ve vasiyetnamenin yorumunda uygulanacak genel kuralların “*vasiyetnamenin metnine bağlılık, mirasbırakanın iradesine bağlılık ve dış etmenlerle bağlılık*” olmak üzere üç başlık altında toplandığı,

gerçek iradesinin tespitine önem verilir. Ölüme bağlı tasarrufun yorumunda TMK m. 2'den doğan güven teorisi yerine BK. m. 18'den kaynaklanan irade teorisinin uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Hatemi, *Miras Hukuku*, 109; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 175, 177 vd.; Ayrıca bkz. Öncü, “Vasiyetnamenin Yorumunda İma Teorisi,” 307-374, s. 311 vd.; Aksoy Dursun, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 319; Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu” 1156; İşgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras Hukuku*, 36.

[73] Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 1155 vd.

[74] İşgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras Hukuku*, 254; İrade teorisinin, her zaman beyan sahibinin iç iradesinin bilinmesinin mümkün olmaması, sadece beyan sahibinin iradesinin dikkate alınması, bu nedenle de hukuki güvenliği ve istikrarı göz ardı etmesi yönüyle yapılan eleştiriler için bkz. Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu,” 1156.

[75] Miras sözleşmelerinin yorumunda, makul, dürüst ve objektif üçüncü bir şahsın irade beyanına verdiği anlamın/güven teorisinin esas alınması gerektiği yönünde bkz. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 174 vd.

özellikle irade teorisinin ve vasiyetname lehine yorum ilkesinin (favor testamenti) benimsendiği görülmektedir.^[76]

Sonuç olarak, ölüme bağlı tasarruflarda murisin beyanından gerçek iradesinin açıkça anlaşılabilmesi halinde yorum faaliyetine başvurulması zaruridir. Yorum türlerine ilişkin yapılan geniş doktriner tartışmalar ışığında, Türk Hukuk doktrini ile yargı kararlarında genel olarak kabul edilmiş olan prensiplerin ve pozitif metinlerde yer alan bazı yorum kurallarının dikkate alınması suretiyle, uygulamada murisin gerçek iradesinin tespiti gerektiği açıktır. Bu noktada öncelikle tasarruf metninin dikkate alınması gerekmektedir olup, tüm ölüme bağlı tasarruflar bir metne bağlı olmak zorundadır.^[77] Ancak metnin müphem ifadeler taşıması durumunda metin dışı unsurlar da dikkate alınarak yorum yapılması gerekir. Bu bağlamda yargıcın tasarrufun içeriği kadar, tasarruf sahibinin gerçek iradesine ulaşmaya hizmet eden dış unsurları da dikkate alması, yorumda murisin iradesini ayakta tutacak bir yol izlenerek, vasiyetname lehine yorum ilkesi (favor testamenti) göz önünde bulundurularak bir sonuca ulaşılması gerektiği ortadadır. Bu yapılırken, aşağıda ayrıntılı şekilde açıklanacağı üzere, ulaşılabilecek sonucun anayasal güvencelerle uyum sağlayıp sağlamadığı da denetlenmelidir. Tüm bu hususlar dikkate alınarak yapılacak yorum, bir özel hukuk uyuşmazlığının tarafı olan bireylerin hakları arasında doğru bir uyumlaştırma yapılmasını da sağlayacak ve bireyler arası ilişkiler alanında özel hukuk ve temel hakların dengeli birlikteliğine hizmet edecektir.

II. ANAYASAYA UYGUN YORUM UNSURU

A) GENEL OLARAK

Temel hak ve özgürlükler uzun süre negatif boyutuyla algılanmış ve hakların devlete karşı kullanılacağı/korunacağı düşüncesi hâkim olmuştur.

[76] Bkz. Yargıtay 3. HD, 17.02.2015 tarih, 2014/21093 Esas; 2015/2415 Karar, Yargıtay 3. HD, 12.11.2015 tarih, 2014/22183 Esas; 2015/17797 Karar; Yargıtay 3. HD, 18.12.2013 tarih, 2013/18683 Esas; 2013/18151 Karar; Yargıtay 2. HD, 10.05.2001 tarih, 2001/5921 Esas; 2001/7312 Karar; Yargıtay HGK, 21.11.1990 tarih, 2-346/586 E.K., Kazancı İçtihat Bankası (Erişim tarihi: 11.12.2020).

[77] Ölüme bağlı tasarrufun sözlü vasiyet şeklinde olsa dahi tutanağa geçirilme/metne bağlanma zarureti bulunmaktadır (TMK 540. md.) Bkz. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 113 vd., 177; Hatemi, *Miras Hukuku*, 84 vd.

Ancak zamanla temel hakları ihlal eden eylemlerin sadece kamu gücünü kullanan otoriteden kaynaklanmadığı, giderek yoğunlaşan biçimde ihlal kaynağının özel hukuk kişilerinin eylem ve davranışları olduğu kavranmaya başlanmıştır.^[78] Buna yol açan temel etken elbette, hukuk devleti, demokrasi, hukukun üstünlüğü gibi ilke ve kabullerin ve buna bağlı bir uygulamanın gelişmesi, değişen yaşam koşulları, sosyal gerçeklikler ve teknolojik alanda yaşanan gelişmelere bağlı karmaşık ilişkilerdir.

Hak ihlallerinin kaynağına ilişkin bu algı değişimi, devletin temel haklar alanındaki görevlerinin de farklı şekilde kavranmasına ve yükümlülük kapsamının genişlemesine yol açmıştır. Bu bağlamda klasik anlayışta, ihlalin temel kaynağı olan devlet temel haklara saygı yükümlülüğünü üstlenirken, artık temel hakların etkin kullanımının sağlanması amacıyla gerekli tedbir ve eylem yükümlülüğünün (koruma ve gerçekleştirme yükümlülüğü) de var olduğu kabul edilmektedir.^[79]

Saygı yükümlülüğü hakların daha çok negatif boyutuyla ilgilidir. Koruma ve gerçekleştirme yükümlülükleri ise “*pozitif yükümlülükler*” kuramı çerçevesinde ele alınan üstlenimlerdir. Pozitif yükümlülük kuramı uyarınca, kamusal makamlar temel haklara müdahale etmemekle kalmayıp, hakların etkin şekilde kullanımını sağlamak amacıyla, eylemde bulunmalıdır. Çoğu durumda, hatta bir özel hukuk ilişkisinde dahi, kişilerin hak ve özgürlüklerini kullanabilmeleri, ancak devletin ilgili hak alanına müdahalesiyle mümkün olabilmektedir. Örneğin devletin mülkiyet hakkına haksız bir müdahalede bulunmaması, tek başına o hakkın etkin kullanımını sağlamaz. Bir kimsenin mülkiyetinde bulunan mallara bir diğer özel hukuk kişisi tarafından haksız bir saldırı olduğunda da devlet, hem bu saldırıların sona erdirilmesini sağlayacak hukuki düzenlemeleri yapmak hem de bu düzenlemelerin uygulanmasında azami derecede özen göstererek saldırıyı sona erdirmek zorundadır.

[78] Detlev Belling ve Nurten İnce, “Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi,” *LHD* 12, no. 137 (2014): 6.

[79] Feyyaz Gölcüklü ve Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), 2.; Monika Florczak-Wątor, “The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State,” *ICLR* 17, no. 2 (December, 2017): 41.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında geliştirilen^[80] ve bireysel başvuru usulünün yürürlüğe girmesiyle birlikte Anayasa Mahkemesi içtihadında da sıklıkla yer bulan pozitif yükümlülük kuramı, temel hakların özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzluklarda da uygulanabilmesinin/dikkate alınmasının zeminini oluşturmuştur. Bu bağlamda kamusal makamlar, bir özel hukuk uyumsuzluğu alanında dahi, tarafların ilgili temel hak güvencelerinden yararlanmalarının sağlanması amacıyla gerekli tedbir ve eylem yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Bunun vasıtası ise genel olarak, taleplere dayanak teşkil edecek yasal alt yapıyı hazırlamak, gerekliyse idari uygulama tedbirlerini almak, tarafların iddialarını ileri sürebilecekleri gerekli usûli güvenceleri haiz bir yargılama prosedürü sunmak ve alınan yargı kararını uygulamaktır. Bu noktada yargısal kararların usûli prosedürü ve karar gerekçeleri önem arz etmektedir.

Pozitif yükümlülük doktrini, bireyler arası hak uyumsuzluklarında yatay uygulama (horizontal effect) kavramını gündeme getirmiştir. Yatay uygulama doktrini uyarınca devlet, sadece dikey ilişkilerden (devlet-birey ilişkileri) kaynaklanan aykırılıklardan sorumlu tutulmamakta, pozitif yükümlülükleri vasıtasıyla özel hukuk kişileri arası uyumsuzluklar çerçevesinde (bireyler arası yatay ilişki düzlemi) oluşan ihlallerden de sorumlu olmaktadır. Bu etki ise temel hakların yatay uygulaması teorisi etrafında şekillenmektedir. Yatay etki meselesi yakın zamana kadar hukukumuzda üzerinde çok fazla tartışılan bir mesele olmamıştır.^[81] Ancak bireysel başvuru usulü ile birlikte, bireyler arası hak uyumsuzluklarının anayasal içtihadta sıkça tartışma konusu yapıldığı, bu kapsamda özellikle medeni hukuka ilişkin uyumsuzlukların anayasal içtihadta yansıdığı görülmektedir.

[80] Bu yükümlülükler temel olarak AİHS'in 1. maddesinde yer alan “*Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar*” hükmünden kaynaklanır. AİHM de bu maddeye dayanarak, taraf devletlerin sorumluluğunun sadece bireyin hak veya özgürlük alanına müdahale etmemekle sınırlı olmadığını, aynı zamanda AİHS'de güvence altına alınan hakların fiilen ve gerçekten kullanılmasını sağlamaya yönelik uygun önlemlerin alınmasını da kapsadığını kabul etmektedir

[81] Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi,” 37 vd.

Günümüz insan hakları pratiğinde reddedilemeyecek bir uygulama etkinliği kazanan yatay etki teorisi, Alman Hukuku kökenli^[82] olup, Alman Anayasa Mahkemesinin Lüth kararı ile kabul edilmiştir. Söz konusu kararda, iki özel hukuk kişinin temel hakları arasında bir uyumlaştırma yapılmış ve film yapımcısının filmi dağıtmaya ilişkin özgürlüğü karşısında, bu film için boykot çağrısında bulunan diğer bireyin ifade özgürlüğünün üstün tutulması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu karar yatay etki anlayışı için bir başlangıç olmuş ve bu yaklaşım başta AİHM kararları olmak üzere, ulusal düzlemlerde anayasal ve yerel yargıçların yorumları ile önemli bir uygulama etkinliği kazanmıştır.^[83] AYM'nin^[84] de özel hukuk kişileri arasındaki hak uyumsuzluklarını konu alan meselelerde (bu bağlamda ağırlıklı olarak medeni hukuk uyumsuzluklarında), pozitif yükümlülükler ve yatay etki teorisini dikkate alarak verdiği kararlar, temel hakların özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzluklarda uygulanmasının gözlemlenmesi açısından dikkate değerdir. Çalışmada örnek olarak değinilen Fatma Julia Ekinciler başvurusu ise, bu bağlamda en fazla dikkat çeken (en uç) uygulama örneğidir. Zira bu kararlar AYM, bir özel hukuk tasarrufu olan vasiyetnamenin yargısal yorumunu, temel hak güvenceleri bağlamında denetlemiştir.

[82] Dolaylı yatay etki meselesinin ilk defa tartışıldığı Lüth kararı için bkz. Lüth Urteil, 1958, BVerfGE 7, 198, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01>.

[83] Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi,” 13 vd.

[84] Anayasanın sistematığıne de uygun olan model dolaylı yatay etki olup, yatay etkiye açıklık bakımından bkz. Anayasa md. 5.,11.,12.,14.

Yatay etki teorisine ilişkin farklı tasnif ve değerlendirmeler söz konusu olmakla birlikte,^[85] bugün yaygın olarak kabul gören ve AİHM^[86] ile AYM içtihadında uygulanan model, dolaylı yatay etki teorisidir. Bu teori, temel hakların özel hukuk kişileri arası uyumsuzluklardaki etkisini, yargıcın yasaları yorumlamasından elde ederek, devletin bu yetkisiyle özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzluklara taraf olduğunu kabul etmektedir. Dolaylı yatay etki, hem özel hukukun özerk kavramlarını korumakta, hem de hukukun bütünlüğüne hizmet etmektedir. Bunu da anayasaya uygun yorum vasıtasıyla gerçekleştirmektedir. Anayasaya uygun yorum çerçevesinde özel hukukun özerk kavramları vasıtasıyla, temel hakların oluşturduğu objektif değerler sistemi, özel hukuk uyumsuzluklarına sirayet etmektedir. Bu alanda temel hakların özel hukuk uyumsuzluklarındaki etkisi, yargıcın yasaları anayasaya uygun olarak, yani temel hak güvencelerini gözeterek yorumlaması suretiyle gerçekleşmektedir. Özel hukuk kurallarının Anayasaya uygun şekilde

[85] Bu bağlamda genel olarak, temel hakların özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzluklarda sınırlı da olsa doğrudan uygulanabileceğine işaret eden doğrudan yatay etki, temel hakların yasa yerine geçecek surette uygulanmasını yadsıyan ve bu etkiyi yargıcın yasaları yorumlamasından elde ederek devletin bu yetkisiyle özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzluklara taraf olduğunu kabul eden dolaylı yatay etki ve temel haklara zarar veren eylem özel hukuk kişilerinden kaynaklansa da devletin sorumluluğunu kabul ederek ve müdahalenin kaynağı noktasında kamu ve özel hukuk kişileri arasında ayırım yapmayarak yatay etkiyi reddeden yaklaşımlardan söz edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki,” içinde *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu (İstanbul: Beta Yayınları, 2013), 56, 58; Shaun D. Pattinson, Deryck Beyleveld, “Horizontal Applicability And Horizontal Effect,” *Quarterly Review*, no. 118 (2000): 623-646, Ozan Ergül, Ozan, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine,” içinde *Erdal Onar’a Armağan I*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2013), 433-487; Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi,” 6 vd., 39 vd.

[86] AİHM uzun yıllardan beri yatay etkiyi “pozitif yükümlülükler” doktrini üzerinden uygulamış ve pozitif yükümlülükler doktrininin bir alt uygulaması olarak ele almıştır. Mahkeme 1981 yılında, devletlerin yatay ilişkiler kapsamında pozitif yükümlülüklerini örgütlenme özgürlüğü (sendika özgürlüğü) ve özel yaşama saygı hakkının korunması konusunda açıkça kabul ettikten sonra, takip eden süreçte Sözleşme ve ek Protokoller ile tanınan tüm haklar bakımından doktrini geliştirmeye devam etmiştir. Pozitif yükümlülük ve yatay etki uygulamaları bağlamında bkz. AİHM, Young, James ve Webster-Birleşik Krallık, B. No: 7601/76, 13.08.1981.

yorumlanması gerektiği gibi, özel hukuktaki boşlukların da Anayasa'ya uygun şekilde doldurulması zaruridir.^[87]

Temel hak güvencelerini mevzuata yansıtma yeterli olmayıp, yargısal uygulama ve kararların da temel haklara içkin objektif değerler ile uyumlu olması gerekir. Bu kapsamda asıl olan, sadece AYM'nin Anayasaya uygun bir biçimde yasaları yorumlaması değil, anayasal değerlere uygun davranma yükümlülüğünün ilk derece mahkemelerinden kanun yolu mercilerine kadar tüm yargı organlarına teşmil edilmesidir. Ancak bu yapılırken, dikey ilişkilerde yapılan değerlendirmeye benzer şekilde, özel hukuk uyuşmazlığı çerçevesinde menfaatleri çatışan bireylerin hakları arasında bir uyumlaştırma yapılmalıdır. Bu açıdan, hukukun anayasallaşması ve bütünlüğüne hizmet edecek enstrümanların kullanılması bir yönüyle AYM'ye bakarken, anayasa uygun yorum bağlamında tüm kamusal makamlara ve derece mahkemelerine sirayet etmektedir. Anayasaya aykırılığı söz konusu olan hükmün, Anayasaya uygun yorumuna olanak bulunmaması halinde ise, soyut ya da somut norm denetimi çerçevesinde ilgili normun iptali yoluna gidilmelidir.

[87] Söz konusu uygulamanın örneklerinden biri için bkz. Yar. İBK, E.1964/2, K.1964/5, 18.11.1964, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Anayasa Mahkemesi 26.3.1963 tarihli ve 3/67 sayılı kararıyla, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 2. ve 3. maddelerini, bu düzenlemelerdeki kira parası sınırlamalarının mülkiyet hakkının özünü zedelediği, taşınmaz malikleri yönünden hakkaniyet ve adalet ilkeleriyle bağdaşmadığı, bireylerin haklarda ve yükümlülüklerde eşitliğine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Bu karar sonrası Yargıtay, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrasında yasama organı tarafından yeni hükümler getirilmemiş olması nedeniyle yasal bir boşluk doğduğunu belirtmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin kira paralarının sınırlandırılmasını esas itibarıyla Anayasa'ya aykırı görmediğini, ancak 6570 sayılı Kanunun 2. ve 3. maddelerinin içerdiği sınırlamanın mülkiyet hakkının özüne dokunduğu için iptal edildiğini, yasada kira parası sınırlandırılması bakımından bir boşluğun bulunduğunu, yürürlükte kalan maddeler uygulanırken zorunlu olarak, kira parası için bir sınır aranması gerektiğini, Medeni Kanunun 1. maddesi uyarınca, hakimın sınırlandırmayı yaparken, kiralananın birliktişilerce biçilecek rayiç kirasının esas alınacağını belirterek, 6570 sayılı Kanun'un yürürlükteki maddelerini yorumlarken, Anayasa Mahkemesinin diğer hükümlere ilişkin iptal kararındaki değerlendirmelerden hareket etmiştir. Bkz. Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 33, no. 1-4 (1988-1990): 32 vd.

AİHM içtihadında pozitif yükümlülük ve yatay etkiye ilişkin uygulama örnekleri oldukça fazladır. İşçi işveren uyumsuzluklarının,^[88] sendikal örgütlenme ve işçi maaşına ilişkin uyumsuzlukların,^[89] özel hukuk kişileri arasındaki aile hukuku, mülkiyet ve miras uyumsuzluklarının ve yine özel hukuk kişileri arasındaki sair birçok uyumsuzluğun,^[90] bu teoriler çerçevesinde çözüme ulaştırıldığı görülmektedir.

B) MEDENİ HUKUK KURUM VE KAVRAMLARININ ANAYASAL İLKELER İŞİĞİNDE YORUMLANMASI

Anayasal temel hak güvencelerinin özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzluklarda uygulanmasının aracı olan dolaylı yatay etki temel olarak, özel hukuk alanındaki yasalarda yer alan genel ve yoruma açık hükümlerin uygulanması ve yorumlanmasında, anayasada yer alan temel hak güvencelerinin dikkate alınması yolu ile gerçekleşir. Bu tarz genel ve belirsiz hükümler, temel hakların özel hukuka sızma noktalarını oluşturur. Yani yargıç, anayasa hükümleri ışığında, ancak her halükarda yasa hükümlerine dayalı olarak uyumsuzluğu çözümler. Böylece temel hakların yasalar üzerinde sızma etkisinden söz edilir. Bu sızma noktaları ise, “*hukuka aykırılık*”, “*ablaka aykırılık*”, “*kamu düzeni*” gibi soyut ifadelerde karşılık bulur.

Esasen Medeni Kanun kapsamında yargıcın, hukukun anayasallaşmasına hizmet edecek surette yorum yapması için birçok normatif araç öngörülmüştür. TMK 1. md. ile tanınan hukuk yaratma yetkisi,^[91] 4. md ile tanınmış olan takdir yetkisi veya içeriği yargı kararı ile somutlaşacak olan kavramlara yer veren düzenlemeler (TMK md, 23/2, 27/1, 47/2, 56/2, TBK md. 27) temel haklarla oluşturulan objektif değerler sistemini bireyler arası ilişkilere aktarmanın vasıtaları olarak ele alınabilir.^[92]

[88] AİHM, Young, James ve Webster-Birleşik Krallık, B. No: 7601/76, 13.08.1981;

[89] AİHM, Wilson ve Palmer- Birleşik Krallık, B. No: 30668/96, 30.01.2002.

[90] AİHM, VgT Verein gegen Tierfabriken- İsviçre, B. No: 24699/94, 28.06.2001; Pla and Puncernau- Andora, B. No. 69498/01, 13.07.2004.

[91] Bkz. Yargıtay’ın 18.11.1964 tarih ve 2/4 sayılı içtihadı birleştirme kararı.

[92] Fazıl Sağlam, “Anayasa Şikâyeti, Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar,” içinde *Demokratik Anayasa*, ed. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, (İstanbul: Metis Yayınları, 2012): 424.

Özellikle bireysel başvuru usulünün uygulamaya girmesi ile birlikte, AYM'nin de pozitif yükümlülük ve yatay uygulama doktrinini sıkça kullandığı anlaşılmaktadır. Yatay uygulama bağlamında eşya hukuku-borçlar hukuku-miras hukuku ve aile hukuku alanındaki uyuşmazlıkların yoğun bir şekilde AYM gündemine taşındığı görülmektedir.^[93] Tüm bu kararlarda AYM, ilgili temel hakkı güvence altına almak için tasarlanmış yasal bir çerçeve oluşturulmasının ve fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasının kamusal makamların pozitif yükümlülük içeriğine dâhil olduğunu vurgulanmaktadır. Yargısal karar süreçlerine ilişkin değerlendirmelerinde ise, denetleme zemininin, yargılama prosedürü (usuli güvenceler) ve kararın gerekçesi olduğu ifade edilmektedir. Bu incelemede, gerekçenin ilgili temel hakka ilişkin güvenceleri sağlama noktasında ilgili ve yeterli olması aranmaktadır. Gerekçenin ilgili ve yeterli olması kapsamında; yargılama makamlarının özel hukuka ilişkin uyuşmazlığı ve yasa normlarını, temel haklarla oluşturulan objektif değerler sistemini/temel hak güvencelerini gözetmek suretiyle yorumlayıp yorumlamadığı denetlenmekte, bu suretle yargısal makamların anayasaya uygun yorum yapıp yapmadıkları tespit edilmektedir.

Anayasaya uygun yorum sistematik yorumun bir parçası olarak nitelendirilmekle birlikte,^[94] diğer yorum yöntemlerinden önce geleceği, bu yorum yönteminin, işlem yararına yorum (favor actus) olarak deyimlenen daha genel bir hukuk ilkesinin Anayasal alandaki görünümü olduğu

[93] Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bağlamında bkz. BB, Faik Tari ve Sultan Tari, B. No: 2014/12321, 20/7/2017; Nuran Çıkar, B. No: 2014/10761, 13/9/2017; BB, Ahmet Demir, B. No: 2014/6672, 7/2/2018; Kat mülkiyeti hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar bağlamında bkz. BB, Türkiye Emekliler Derneği, B. No: 2012/1035, 17/07/2014, § 47-57; Ticari uyuşmazlıklar bağlamında bkz. BB, Kamil Darbaz ve GMO Yapı Grup End. San. Tic. Ltd. Şti., B. No: 2015/12563, 24/5/2018; Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bağlamında bkz. BB, Murat Atılgan, B.No. 2013/9047, 7/5/2015; Serpil Toros, B.No: 2013/6382, 21/08/2013; BB, Hayriye Özdemir, B.No:2013/3434, 25/06/2015; BB, Gülbu Özgüler, B.No:2013/7979, 11/11/2015; Nurcan Yolcu, B.No: 2013/9880, 11/11/2015; BB, Sevim Akat Eşki, B.No: 2013/2187, 19/12/2013; BB, Marcus Frenk Cerny, B. No: 2013/5126, 2.7.2015.

[94] Çiğdem Kırcı, "Kanunların Yorumunda Yorum Yöntemleri," <https://www.academia.edu/13988025>, s. 8; Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2005), 29 vd.

kabul edilmektedir.^[95] Bu kapsamda ilgili özel hukuk kurum ve kavramları yorumlanırken, söz konusu alana ilişkin temel hak güvencelerinin öncelikle gözetilmesi gerektiği açıktır.

Çalışmada örnek olarak değinilen Fatma Julia Ekinciler kararı da anayasaya uygun yorum bağlamında çok önemli tespitler içeren bir karardır. Hatta diğer yatay etki uygulama örneklerine kıyasla, yatay etkide en ileri anlayışı temsil ettiğini söylemek yanlış olmaz. Zira, daha önce yasayla çocuklar arasında miras paylaşımı açısından farklılıklar yaratılması AYM tarafından norm denetimi kapsamında da incelenerek iptal kararı verilmiştir.^[96] AİHM de daha önce, Marckx–Belçika, Vermeire–Belçika ve Mazurek–Fransa^[97] kararları vesilesiyle yasayla çocuklar arasında miras paylaşımı açısından farklılıklar yaratılmasını sözleşmeye aykırı bulmuştur. Zira devletin ihdas etmiş olduğu yasaların temel hak güvencelerine/eşitlik ilkesine uygun olma zorunluluğu vardır. Ancak belirttiğimiz üzere temel hak güvencelerini mevzuata yansıtma yeterli olmayıp, yargısal uygulama ve kararların da temel haklara ilişkin objektif değerler ile uyumlu olması gerekir. Fatma Julia Ekinciler kararı da bir özel hukuk tasarrufu olan vasiyetnamenin yargısal makamlarca Anayasaya uygun yorumlanması zorunluluğunu ve yargısal faaliyet yoluyla anayasal temel hak güvencelerinin sağlanmasını öngörmesi nedeniyle özel bir önem taşımaktadır. AİHM de benzer anlayışı daha önce Pla and Puncernau kararı ile ortaya koymuştur.^[98]

Öncelikle AYM kararına konu yargısal süreçte, yukarıda değindiğimiz medeni hukuk kurum ve kavramlarının ve bunlara ilişkin pozitif düzenlemelerin özel hukuk yargıçlarının hatalı şekilde değerlendirildiği görülmektedir. Dikkat çeken bir diğer husus, bu kavram ve hükümler yorumlanırken, esasen sistematik yorumun bir parçası olup öncelikle gözetilmesi gereken anayasaya uygun yorum meselesinin tamamen göz ardı edilmesi ve bu suretle

[95] Kaneti, “Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri,” 20 vd.

[96] AYM, 11/9/1987 tarih, 1987/1 Esas, 1987/18 Karar.

[97] AİHM, Mazurek-Fransa, B. No: 34406/97, 1.02.2000, § 42. Anılan kararda, nesebi sahih olan ve olmayan çocuklar arasında miras paylaşımı açısından yapılan ayırım, P1-1 ile 14. maddelerin beraber ihlalini sonuçlamıştır (aile yapısının korunması meşru amacı ile nesebi sahih olmayan çocuğa mirastan ¼ oranında pay verilmesi arasında orantılılık bulunmamıştır) bkz. § 54-55.

[98] AİHM, Pla and Puncernau- Andora, B. No: 69498/01, 13.07.2004.

temel hak güvenceleri ile bağdaşmayan bir hukuki sonuca ulaşılmış olmasıdır. Bu kapsamda, yürürlük meselesi çerçevesinde ölüme bağlı tasarrufun hüküm doğurduğu tarihte olaya tatbiki gereken kanuni düzenlemeler hatalı şekilde tespit edildiği gibi, ilgili vasiyetnamede yer alan beyanın temel hak güvencelerinden bağımsız yorumu, muhatapların temel haklarının ihlaline vücut vermiştir.

Türkiye tarafından da imzalanan ve onaylanan temel uluslararası metinler, aile birliğinin korunması amacının, evlilik içinde ve dışında dünyaya gelen çocuklar arasında ayırım yapılması hususunda haklı bir neden olarak ileri sürülemeyeceği yönündedir. Tüm bu düzenlemelerde taraf devletlerin, ilgili sözleşmelerde belirtilen hakları kendi yetki alanlarında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasi ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanıyacakları, çocuğun doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedileceği ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacağı yönünde açık düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.^[99]

Çocuklar arasında böyle suni bir ayırım gözetilmek suretiyle aile birliğinin korunacağını düşünmenin, bu sosyal olguya gerçekçi bir yaklaşım olmadığı zaman içinde ulusal mevzuatlarda da kabul edilmiştir. Hukukumuz açısından

[99] Bu kapsamda İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 25. maddesinin (2) numaralı fıkrasında "Anaların ve çocukların özel bakım ve yardım görme hakları vardır. Bütün çocuklar, evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olsunlar, aynı sosyal güvenceden yararlanırlar." hükmünün; Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 2. maddesinde "Taraf Devletler, bu Sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasi ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanırlar ve taahhüt ederler." düzenlenmesinin ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise "Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır." hükmünün yer aldığı görülmektedir.

da, TKM hükümleri kapsamında evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar^[100] arasında sahih ve gayri sahih nesep ayırımı yapılarak söz konusu statülere farklı hukuksal sonuçlar bağlanmasının, aile kurumunun korunmasına ilişkin amacın gerçekleştirilmesi açısından etkisiz kaldığı anlaşılmıştır. Özellikle TKM'nin kabulünden sonra çıkarılan ve nesepin idari yoldan düzeltilmesini sağlayan af yasalarının niceliği de bu hususu açıkça ortaya koymuştur. AYM'nin evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar arasında farklı hukuki sonuçların doğmasına neden olan mevzuat hükümlerini eşitlik ilkesi ve aile hayatına saygı hakkına aykırı göreyerek verdiği iptal kararları ve akabinde yapılan kanun değişiklikleri ile bu mahzurlar bir ölçüde giderilmeye çalışılmıştır. Nihai olarak TMK düzenlemeleri ile, evlilik içinde ve dışında doğan çocuklar arasında öngörülen farklı muamele ve buna bağlı olarak ortaya çıkan farklı hukuki sonuçlar ortadan kaldırılarak, karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası düzenlemelerle uyumlu bir hukuki zemin oluşmuştur.

Bununla birlikte örnek olarak belirtilen yargısal süreç açısından temel sorun, evlilik içinde veya dışında dünyaya gelen çocuklar arasında soybağı ve miras hakları açısından kanunen farklılık gözetilmesi olmayıp, derece Mahkemelerince bir kısım medeni hukuk kurum ve kavramları ile bunlara ilişkin pozitif düzenlemelerin hatalı şekilde değerlendirilmesi ve murisin vasiyetnamedeki beyanına tanıma şeklinde bir etki atfedilmemesi nedeniyle, başvuru ve murisi arasındaki hukuki bağlantı ve mirasçılık rabitasının kurulamamasıdır. Zira mevcut hükümlerin anayasal temel hak güvenceleri ile uyumlu yorumlanması halinde, ne Anayasa Mahkemesinin 11/9/1987 tarihli ve E.1987/1, K.1987/18 sayılı iptal kararını takiben yapılan değişiklik sonrasında 743 sayılı Kanun sisteminde, ne de halihazırda yürürlükte olan 4721 sayılı Kanun'da, evlilik içinde ve dışında dünyaya gelen çocuklar arasında miras hakları bakımından bir ayırım gözetilmediği açıktır. Bu nedenle somut başvuru açısından değerlendirilmesi gereken temel husus, özel hukuk yargıçlarınca murisin vasiyetnamede belirttiği iradeye ilişkin olarak, anayasal güvenceleri de dikkate alan bir yorum ortaya konulup konulmadığıdır.

[100] Bu bağlamda, erkeğin ölümünden sonra dondurulmuş spermlerinin kullanılması halinde sağ doğan çocuğun mirasçılığının sağlanması ve doğum bakımından hiçbir ayırım yapılmaması hususunda bkz. Bahar Öcal Apaydın ve Nurten İnce Akman, "Dondurularak Saklanmış Üreme Hücrelerinin veya Embriyonun Eşin Ölümünden Sonra Ana Rahmine Transferi (Postmortal Dölllenme) Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 2 (Mayıs, 2020): 101 vd.

Öncelikle ölüme bağlı tasarrufun hüküm doğurduğu tarihte uygulama alanı bulacak mevzuat hükümlerinin özel hukuk yargıçlarının hatalı tespit edildiği görülmektedir. Bu kapsamda; başvurucunun mirasçılık belgesinin iptali istemi ile açmış olduğu dava, ilk derece mahkemesince kabul edilerek başvuru ile birlikte murisin ölüm tarihinde sağ olan tüm çocuklarının miras payları yeniden belirlenmiştir. İlk derece mahkemesi karar gerekçesinde; murisin 1999 tarihinde evli ve çocuklu olarak vefat ettiği, bu nedenle miras paylarının belirlenmesinde TKM 439. ve 444. maddelerine göre değerlendirme yapılması gerektiği, nüfus kaydına göre murisin mirasçıları olarak Türk eşi ve bu evlilikten olan üç çocuğunun bulunduğu, ancak murisin ABD’de eşinden boşanarak ABD vatandaşı olan bir kişi ile evlendiği ve bu evlilikten üç çocuğunun dünyaya geldiği, boşanma ilamı tenfiz edilmediğinden Türk hukuku açısından uygulanabilirlik niteliği bulunmadığı, bu nedenle ikinci evliliğin de Türk hukuku açısından geçerli olmadığı, bu kapsamda başvuru da dahil söz konusu evlilikten dünyaya gelen çocukların evlilik dışı olduğu kanaatine varıldığı belirtilmiştir. Ancak belirtilen çocuklar evlilik dışı çocuk olsa da, murisin vefat tarihi itibarıyla yürürlükte olan TMK’nın 291. maddesi uyarınca evlilik dışı çocuğun babası tarafından tanınması suretiyle nesep bağının kurulmasının mümkün olduğu, bu kapsamda muris tarafından düzenlenen vasiyetname ile söz konusu evlilikten olan çocukların tanındığının kabulüne hükmedilmiştir. Ancak ilk derece mahkemesi kararını temyizen inceleyen Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, hükmün yasal düzenlemelere uygun düşmediğini, mirasçılık ve mirasın geçişinin, miras bırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan yasal duruma göre belirlenmesi gerektiğini, nesebi sahih olmayan hısımların baba tarafından mirasçı olabilmelerinin babalarının kendilerini tanımış olmasına veya babalığa hükmedilmiş olmasına bağlı olduğunu, ancak TKM’nin 292. maddesi gereğince birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuğun tanınamayacağını belirtmiştir. Somut olayda başvurucunun dünyaya geldiği tarihte murisin Türkiye’de resmen evli olması nedeniyle, murisin evlilik dışı ilişkisinden dünyaya gelen başvurucunun tanınmasının ve buna bağlı olarak murisin mirasçısı olarak kabulünün 292. madde nedeniyle mümkün olmadığı, ancak vasiyet alacaklısı belgesi verilmesinin mümkün olduğu kabul edilmiştir. Karar düzeltme incelemesinde ise Daire ile aynı sonuca varılmış fakat farklı bir gerekçeden hareket edilmiştir. Karar düzeltme gerekçesinde; her ne kadar bozma ilamında 292. maddeye dayanılmış ise de söz konusu hükmün AYM tarafından iptal edildiği, bu bağlamda evli olan baba ile evli

olmayan annenin birlikteliğinden dünyaya gelen çocukların tanınması veya babalığa hükmedilmesinin yolunun açıldığı, bu nedenle bozma ilamında gösterilen gerekçenin yerinde olmadığı ifade edilmiştir. Ancak başvurucunun nüfusta murisin kızı olarak kayıtlı olmadığı, miras bırakan tarafından tanınması veya babalığa hükmedilmesi suretiyle aralarında soybağının da kurulmamış olduğu gözetildiğinde bozma ilamının sonucu bakımından doğru olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda murisin beyanının tanıma olarak kabul görmediği anlaşılmaktadır. Bozma ilamı sonrasında ilk derece mahkemesinde yürütülen yargılamada ise, 292. madde gereğince birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuğun tanınamayacağı, başvurucunun da dünyaya geldiği tarihte murisin Türkiye’de resmen evli olması nedeniyle tanınmasının ve buna bağlı olarak mirasçı olarak kabulünün mümkün olmadığı belirtilerek, mirasçılık belgesi yerine vasiyet alacaklısı belgesi verilmesine karar verilmiş, hüküm bu haliyle onanmıştır.^[101]

Derece mahkemesi kararlarının temel olarak 743 sayılı Kanun’un 292. maddesine dayandığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda evli erkek ve kadınların ilişkisinden doğan çocuğun tanınamayacağı kabul edilerek, başvurucunun dünyaya geldiği tarihte murisin Türkiye’de resmen evli olması nedeniyle tanınmasının ve buna bağlı olarak murisin mirasçısı olarak kabulünün mümkün olmadığı gerekçesine yer verildiği görülmektedir.

Yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, ölüme bağlı tasarruflar ölüm anında hüküm doğurmaktadır. Ölüme bağlı bir tasarruf olan vasiyetname için de aynı durum geçerli olup, ölüme bağlı tasarrufla yapılan tanınmanın da hükümlerini tanıyanın ölümünden sonra doğuracağı tartışmasıdır.^[102] Yürürlük meselesi çerçevesinde örnek uyuşmazlığa uygulanacak kanuni düzenlemelerin de, tasarrufun hüküm doğurduğu tarih dikkate alınarak tespit edilmesi gereği izahtan varestedir. Bu bakımdan somut uyuşmazlıktaki önemli tarihlerin tespiti gerekir. Olay örgüsü ve yargısal sürece bakıldığında; başvurucunun doğum tarihinin 1970, murisin vasiyetnameyi tanzim tarihinin 1975, ölüm tarihinin ise 1999 olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi

[101] Derece mahkemeleri nezdindeki karar süreci ile ilgili ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Yeniocak, “Çocuğun Vasiyetname Yoluyla Tanınması,” 117-125.

[102] Bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 1994/4, K. 1994/4, 11/11/1994.

kararına kadar uzanan süreçte, mirasçılık belgesinin iptali istemi ile açılan dava tarihi ise 2003 yılıdır. Bu tarihler, uygulanacak hukuk açısından farklılık oluşturacak ve uyumsuzluğun karara bağlanmasındaki kabulü değiştirebilecek niteliktedir. Zira bu tarihler arasında önemli kanun değişiklikleri olduğu gibi, uyumsuzluğu ilgilendiren kanun hükümlerine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin önemli bir iptal kararı bulunmaktadır. Murisin 24/9/1999 tarihinde vefat ettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kural olarak söz konusu vasiyetname açısından belirtilen tarih itibarıyla yürürlükte olan Medeni Kanun hükümleri dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Bu tarih itibarıyla yürürlükte olan 743 sayılı Kanun hükümlerine göre evli erkeğin evlilik dışı ilişkisinden doğan çocuğunu tanıması mümkündür. Zira 743 sayılı Kanun'un 292. maddesinde yer alan ve “*Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuk, tanınmaz.*” hükmünde yer alan “*erkek ve*” ibaresi Anayasa Mahkemesinin 28/2/1991 tarihli ve E.1990/15, K.1991/5 sayılı kararı ile Anayasa'nın 5., 10., 12. ve 41. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir. Bu kapsamda vasiyetnamenin hüküm doğurduğu 24/9/1999 tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 743 sayılı Kanun hükümleri uyarınca evli erkeğin evlilik dışı ilişki- den doğan çocuğunu tanımasının mümkün olduğu tartışmasızdır. Ayrıca bu değerlendirmeye gerek dahi olmadan, kamu düzenini ilgilendiren hususlara ilişkin yürürlük prensipleri konunun çözümü için yeterlidir. Zira kamu düzenine ilişkin kurallar söz konusu olduğunda, eski düzenlemelerin ortadan kalkması ve yeni kanun hükümlerinin eski kanun zamanında doğmuş hukuki ilişkiler de dâhil olmak üzere uygulanması söz konusudur.^[103] Hangi düzenlemelerin kamu düzeni ve genel ahlak kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışmalı olmakla birlikte, soybağına ilişkin düzenlemelerin kamu düzeninden sayıldığı hususunda doktrin ve uygulamada yeknesaklık mevcuttur.^[104] Ayrıca 4722 sayılı Kanun'un 12. maddesi açıkça “*Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce, sahîh olmayan neseplî çocuklar, yürürlük tarihinden başlayarak bu Kanunun soybağına ilişkin hükümlerine tâbî olurlar*” hükmünü içermektedir. Bu bağlamda, kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle soybağına ilişkin meselelerde 4721 sayılı Kanun hükümlerinin nazara alınması gerekmekte olup, bu hükümlerin uygulanması durumunda da sonuç değişmemektedir. Zira gerek vasiyetnamenin

[103] Bkz. Baysal, “Türk Borçlar Kanunu,” 227 vd.

[104] Bkz. AYM, 27.10.2011 tarih, 2010/71 Esas, 2011/143 Karar.

hüküm doğurduğu 24/9/1999 tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 743 sayılı Kanun hükümleri gerekse halihazırda yürürlükte bulunan 4721 sayılı Kanun hükümleri uyarınca evli erkeğin evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğunu tanımmasının mümkün olduğu tartışmasızdır.

Bu durum karşısında, söz konusu ölüme bağlı tasarrufa uygulanması gereken hukuk normları açısından, özel hukuk yargıçlarınınca yapılan değerlendirmelerin esasen açıkça temelsiz ve açık kanuni düzenlemelere aykırı olduğu görülmektedir. AYM kararlarında, derece mahkemelerinin maddi olaylar ve hukuk kurallarına ilişkin yorumunun “*açıkça temelsiz, keyfi veya temel haklara ilişkin güvencelerle açıkça uyumsuz olması*” halinde, bir temel hak ihlalinin gündeme gelebileceği belirtilmektedir. Bu kapsamda özel hukuk yargıçlarının kanun hükümlerine açıkça aykırı temelsiz yorumunun bir ihlale vücut verdiği görülmektedir. Ancak Fatma Julia Ekinciler başvurusunda bu husus ayrıca değerlendirilmeyerek, vasiyetnamedeki beyanın tanıma beyanı olarak yorumlanmamasının anayasal güvencelerle uyumsuz olduğu tespiti ile bağlantılı olarak ele alınmıştır.

Vasiyetname yolu ile tanımada, vasiyetnamenin hüküm doğurduğu tarihte uygulanacak hukukun tespitinin yanı sıra, içerikte yer alan beyanın niteliğinin tespiti de bir diğer önemli meseledir. AYM kararında da mevzuat hükümlerinin hatalı tespitinin yanı sıra, ilgili vasiyetnamedeki beyanın tanıma olarak yorumlanmaması da anayasaya uygun yorum yükümlülüğü açısından değerlendirilmeye tabi tutulmuştur. AYM özellikle aile kurumunun korunması ve resmi kayıtların doğru ve düzenli şekilde tanzimindeki kamusal menfaat dikkate alındığında, evlilik dışı doğan çocuğun belirli hukuki işlemler neticesinde biyolojik baba ile olan bağının hukuken tevsik edilmesinde ve buna ilişkin usullerin belirlenmesinde kamusal makamların takdir hakkı bulunduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte söz konusu usullerin uygulanmasında, yani ilgili hükümlerin yargısal yorumunda, aile hayatına saygı hakkına ilişkin güvencelerin gözetilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu kapsamda evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun baba ile nesep ilişkisinin tesisi için tanıma ve babalık davası şeklindeki hukuki işlem ve vasıtaların ihdas edilmesi, kamusal makamların takdir yetkileri dâhilinde görülmektedir. Bununla birlikte söz konusu usullerin, ilgili bağın kurulmasını aşırı derece zorlaştıracak veya imkânsız hale getirecek şekilde tanzimi veya yargıçlarca bu surette yorumlanmasının, etkili bir temel hak korumasını sağlayamayacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle, derece mahkemelerinin

uygulanacak kanun hükümlerini hatalı tespiti bir tarafa, özellikle vasiyetname içeriğinde yer alan beyana atfettikleri anlam/irade beyanına ilişkin yorum, başvurunun ihlal kararı ile sonuçlanmasının ana nedeni olarak görünmektedir.

Örnek olayda muris tarafından tanzim edilen vasiyetnamede açıkça “*turist olarak ABD’ye gittiği, doktor olması nedeniyle sözleşmeli olarak orada çalıştığı, daha sonra Amerika vatandaşı olan U.B. ile evlendiği, bu evlilikten 1967 doğumlu F.W.E, 1968 doğumlu K.F.E. ve 23/9/1970 doğumlu başvuru Fatma Julia Ekinciler’in dünyaya geldiği, halen doktor olarak çalıştığı ABD’de belirtilen eşi ve çocukları ile yaşadığı ve Kayseri ilinde bulunan bir kısım taşınmazların ölümü halinde 1/4’er hisse itibarıyla bu şahıslara ait olacağı*” beyan edilmiştir. Esasen ilk derece mahkemesince de ilk kararında, bu beyan tanıma olarak nitelendirilmiştir. Bununla birlikte temyiz merciince yürürlük meselesi hatalı değerlendirilerek TKM’nin 292. maddesinden hareketle başvurucunun tanınmasının mümkün olmadığı ifade edilmiş, beyanın niteliği üzerinde dahi durulmamıştır. Karar düzeltme aşamasında ise, 292. maddenin AYM tarafından iptal edilmiş olduğu fark edilerek, bu hükmün başvuru açısından uygulama alanı bulamayacağı belirtilse de, vasiyetnamedeki beyanın hatalı yorumu nedeniyle, tanımanın söz konusu olmadığı kabul edilerek talep reddedilmiştir. Kanaatimizce özellikle yüksek mahkeme kararlarında yer alan karışıklık nedeniyle, ilk derece mahkemesi de son kararında, olayda uygulama alanı bulamayacağı karar düzeltme ilamında açıkça ifade edilen 292. madde hükmüne dayanarak talebi reddetmiş, ilginç şekilde karar bu haliyle temyiz merciince onanmıştır.

Bireysel başvuru sisteminin uygulanmaya başlanması ve özel hukuk uyumsuzluklarının da sıklıkla anayasal içtihadı konu olmasıyla birlikte, özel hukuk kurum ve kavramlarının anayasaya uygun yorumu meselesi önem kazanmıştır. Bu süreçte, hukukun yorumlanması ve uygulanması hususunda derece mahkemeleri ile AYM arasında gerilimli bir ilişkinin yaşandığı dikkat çekmektedir. AYM içtihadında bu sorunu aşmak üzere “*Bireysel başvuruların değerlendirilmesi bağlamında da mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek, öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa’ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin aile hayatı ile ilgili hükümleri*

yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir. Bu bağlamda ilgili taraflarla ve dava malzemesi ile doğrudan temas halinde olan yargısal organların, maddi ve hukuksal verilerin değerlendirilmesi noktasında daha avantajlı konumda olduğu açıktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin görevi, derece mahkemelerinin yerine geçerek söz konusu uyuşmazlığa ilişkin maddi olay ve hukuk normlarının bizzat değerlendirilmesi olmayıp ilgili anayasal normlar bağlamında, derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış olan takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerinin denetlenmesidir.” şeklindeki ifadelerinin sıklıkla kullanıldığı görülmektedir.^[105]

Bu kapsamda derece mahkemelerinin olgulara ve hukuksal metinlere ilişkin yorumu AYM tarafından kural olarak denetlenmemektedir. Ancak, söz konusu yorumun temel hak güvencelerine müdahale oluşturduğu durumlarda, ilgili yargısal yorum, anayasal güvencelerle uyumu açısından değerlendirilmektedir. Örnek olayda da, derece mahkemelerinin vasiyetnamedeki beyana ilişkin yorumu nedeniyle başvurucunun muris ile ilişkisinin kurularak mirasçı sıfatıyla veraset ilamında yer alma ve bu suretle miras hakkının engellendiği, söz konusu kararların sonuçları itibarıyla başvurucunun aile yaşamına saygı hakkı üzerinde etki doğurduğu açık olduğundan, anayasal içtihatla değerlendirme konusu yapıldığı anlaşılmaktadır.

AYM kararında, vasiyetnamedeki beyanın niteliği değerlendirilirken, sadece metinde yer alan ifadelerle bakılmaması gerektiği belirtilmiş, beyan dışı olgulara da işaret edilmiştir. Esasen, başvuru ve iki kardeşinin murisin ABD vatandaşı ile olan birlikteliğinden dünyaya geldiği vasiyetnamede açıkça ifade edilmiştir. Ancak söz konusu beyanın yargısal makamlarca yorumlanmasına ihtiyaç duyulduğunun düşünülmesi halinde dahi, ilgili yorumun yalnızca vasiyetnamenin düzenlendiği ve karar tarihinden yaklaşık kırk yıl öncesine denk gelen bir tarihin ve koşulların dikkate alınarak yapılmasının aile hayatına saygı hakkına ilişkin güvencelerin hayata geçirilmesi açısından etkili görülmediği anlaşılmaktadır. Böyle uzun bir zaman diliminin geçmesi ile sosyal ve hukuksal alanda köklü değişikliklerin yaşanması karşısında, yargısal makamlarca belirtilen hususlar göz ardı edilerek yapılan yorumun, ilgili temel hakka ilişkin etkin bir koruma sağlayamayacağı açıktır.

[105] BB, Fatma Julia Ekinciler, B. No: 2013/2758, 17/2/2016, §§ 68, 71.

Kamu düzenine ilişkin olmakla önemli bir kamusal menfaat taşıyan soybağı ve hukuki neticelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, kamusal makamların geniş bir takdir yetkileri bulunduğunu ifade eden AYM, söz konusu takdir yetkisinin kullanımında kamusal menfaat ile bireyin aile bağlarının kurulması ve buna bağlı olan (özellikle miras hakkı gibi) hukuki menfaatleri de dikkate alınarak adil bir dengenin kurulması gerektiğini belirtmiştir. Yargısal makamların söz konusu takdire ilişkin ilgili ve yeterli gerekçe oluşturma yükümlülüğü karşısında, somut başvuru açısından özel hukuk yargıçlarının yürürlükte olan mevzuat hükümleri ile de uyuşmayan yorumlarının aile hayatına saygı hakkı ile bağdaşmadığı ve aile yaşamının normal bir şekilde gelişmesini engellediği sonucuna varılmıştır.

Vasiyetamede murisin yaptığı tasarrufun sebebini ayrıntılı olarak açıkladığı görülmekte olup, bu durumda murisin gerçek iradesinin/tasarrufun amacının tespitinin hiç de zor olmadığı ortadadır. Kanun yolu merciince yapıldığı gibi, salt tasarruf metninde “*tanıma*” ifadesinin kullanılmamış olması nedeniyle, muris ve başvuru arasında tanıma yoluyla soybağının kurulmamış olduğu sonucuna varılması, lafzi yorumun sınırlarının gereğinden fazla genişletilmesi anlamına gelmektedir. Derece mahkemesi kararlarında katı bir lafzi yorum benimsenerek, vasiyetname metninin yanı sıra, mirasbırakanın iradesine bağlılık ve bu suretle yorumda murisin iradesini ayakta tutacak bir yol izlenmesi ile dış etmenlere bağlılık ilkelerinin göz ardı edildiği görülmektedir. Murisin beyanda yer verdiği unsurlar (ABD vatandaşı ile evlendiği, bu evlilikten başvuru dahil üç çocuğunun dünyaya geldiği, ABD’de belirtilen eşi ve çocukları ile yaşadığı) gerçek iradesinin tanıma yönünde olduğunu ortaya koymakta olup, bu unsurlar aslında vasiyetname dışı olgular olarak da değerlendirilmesi gereken maddi gerçeklerle örtüşmektedir. Dava dosyalarına da yansıyan bu dış etmenler, esasen murisin yurtdışında evlendiği kişi ve bu birliktelikten olan çocukları ile aile hayatı oluşturacak bir birliktelik te sürdürdüğünü açıkça ortaya koymaktadır. Bu kapsamda derece mahkemelerince ortaya konulan yorum, ölüme bağlı tasarrufların yorumuna ilişkin olarak yargısal uygulamalarda yerleşmiş olan medeni hukukun ilke ve kabullerini de tamamen gözardı etmektedir. AYM’nin uygulanacak kanun hükümlerini doğru tespit etmesinin yanı sıra, beyanın yorumunda da gerekli uzmanlık bilgisine sahip olması beklenen özel hukuk yargıçlarına nazaran daha isabetli değerlendirmelerde bulunması dikkate değerdir. Karar bu yönüyle, bireysel başvuru usulü çerçevesinde yürütülen yetki tartışmaları açısından da izlenmesi gereken bir örnek oluşturmaktadır.

Özellikle vasiyetname içeriğinde yer alan tanıma beyanın yorumunda (genel olarak da soybağına ilişkin meselelerde), belirtilen ilkeler ve murisin iradesinden çok daha önemli olan bir başka unsur çocuğun üstün menfaatidir. Bu unsur Anayasa'nın 41. maddesinde açıkça yer aldığı gibi, anayasal içtihatla da sıklıkla vurgulanan anayasal bir gerekliliktir. Bu gereklilik çocukları ilgilendiren birçok meselede medeni hukuka ilişkin mevzuat ve uygulamaya da açıkça yansıtılmıştır^[106]. Bu kapsamda somut olaydaki yargısal yorum, evlilik dışında dünyaya gelen çocuk ile baba arasında soybağı kurulmasını belirleyebilecek nitelikte olup, anayasal içtihatla da diğer menfaatlere göre öncelikle gözetilen “*çocuğun üstün menfaati*”nin derece mahkemelerince tamamen göz ardı edilmesi, temel hak güvenceleri açısından oldukça sorunludur.

Ayrıca, vasiyetname içeriğinde yer alan somut beyanın idari makamlar (başvurucunun nüfus kayıt işlemleri sürecinde), bu idari kararları denetleyen yargısal organlar ve vasiyetnamenin iptali davasını karara bağlayan özel hukuk yargıçlarınınca “*tanıma*” olarak nitelendirilerek, muris ve başvuru arasında nüfus kayıtlarında bağlantı sağlandığı, bu açıdan, esasen aynı beyana ilişkin iki farklı yargısal yorumun söz konusu olduğu görülmektedir. Elbette somut olayı karara bağlayan özel hukuk yargıcısı, bu beyanın yorumunda yetki sahibidir. Ancak aynı tasarrufta yer alan beyana ilişkin bu iki farklı yargısal yorumun da, hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmayacağı gözönünde bulundurulmalıdır. Sonuç olarak, ölüme bağlı tasarrufların hüküm doğurduğu tarih, yürürlük meselesi, tanıma ve ölüme bağlı tasarrufların yorumuna ilişkin medeni hukuk mevzuat ve ilkelerinin özel hukuk yargıçlarınınca hatalı değerlendirilmesi ve anayasal temel hak güvenceleri dikkate alınmadan yorumlanması, örnek başvurunun bir hak ihlali kararı ile sonuçlanmasına yol açmıştır.

Değerlendirilen örnek yargısal süreç ve benzer bağlamdaki diğer kararlar dikkate alındığında; özel hukuk kurum ve kavramlarının yorumlanması ve uygulanmasının, kural olarak özel hukuk yargıçlarının yetkisi dâhilinde olduğu açıktır. Ancak söz konusu hükümler yorumlanırken, hukukun anayasallaşmasına hizmet edecek surette yorum yapılabilmesi için öngörülmuş olan normatif araçlardan (taksir yetkisi vd.)^[107] daha etkin şekilde istifade

[106] Bkz. TMK 182/II, 324, 325, 337, 346, 347, 349. madde.

[107] Bkz. Dipnot 76 ve bağlı metin.

edilerek, özel hukuk yargılamalarında da anayasal değerlerle uyumlu bir sonuca varılması gereği ortadadır.

SONUÇ

Ölüme bağlı bir tasarruf olan vasiyetname, mirasbırakanın sağlığında yapılmış olmakla birlikte, hükümlerini ölümünden sonra doğurmasını arzuladığı bir hukuki işlemdir. Tasarrufun hüküm doğurduğu tarihte söz konusu tasarruf sahibi hayatta olmadığı için, ilgili tasarruf ve sonuçlarının hukukten anlamlandırılmasına dair sorunlar yaşanması muhtemel olup, uygulamada benzer problemlerle sıkça karşılaşıldığı görülmektedir. Vasiyetname yolu ile tanıma söz konusu olduğunda, murisin iradesinin tespiti amacıyla, içerikte yer alan beyanın anlamlandırılması ve özellikle TMK'nın yürürlüğe girmesinden önceki tarihte düzenlenmiş bir tasarruf bulunması halinde, ilgili beyana uygulanacak hukukun özenle tespiti gerekir. Bu bağlamda örnek bir uyuşmazlık, derece mahkemeleri kararları akabinde, bireysel başvuru vasıtasıyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır. Belirttiğimiz medeni hukuk kurum ve kavramlarının derece mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesi kararlarındaki yorumu, uygulamada ortaya çıkan hatalı değerlendirmelerin tahlili açısından örnek bir zemin oluşturmakta olup, bu yönüyle hukukun bütünselliği açısından da yol göstericidir. Bireysel başvuru usulünün kabulü ile birlikte, temel hakların özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklara etkisi meselesi sıkça gündeme gelmektedir. Bu bağlamda anayasaya uygun yorum ilkesi, özel hukuk ilişkilerinde de tartışılmaya başlanılmıştır. Özel hukuk kurum ve kavramları ile bunlara ilişkin yargısal süreçler ve anayasal temel hak güvencelerinin bağımsız olarak değerlendirilmesi artık mümkün gözükmemektedir. Bireysel anayasa şikâyetinin kabulü karşılıklı bu etkileşimi kaçınılmaz hale getirmiştir. Zira AYM'nin ilgili yasa hükmünün anayasaya uygun yorumunu ortaya koyan tespitlerini dikkate almayan yerel mahkeme kararları, anayasa şikâyeti vasıtasıyla değerlendirme konusu yapılmaktadır. Ancak bu kapsamda AYM ve derece mahkemeleri arasında uyum problemlerinin de gündeme geldiği görülmektedir. Bu sorunun aşılabilmesi için, temel hak güvencelerinin özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde etkin kılınmasını ve hukukun anayasallaşması sürecini, bir bağımlılık/tâbiyet ilişkisi olarak değil, tamamlayıcılık ilişkisi olarak algılamak, hukukun bütünlüğüne olduğu kadar özel hukukun gelişmesine ve bu alanda temel hakların etkili kullanımını sağlayan bir pratiğin oluşmasına da hizmet edecektir.

KAYNAKÇA

- Aksoy Dursun, Sanem. “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler.” *İÜHFİM* 66, no. 2 (Aralık, 2008): 311-326.
- Akıllıoğlu, Tekin. “Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması.” *Anayasa Yargısı*, no. 4 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1984): 279-291.
- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş Karaman. *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2010.
- Bağcı, Ömer. “TMK’nun Miras Hukuku Hükümlerinin Zaman Bakımından Uygulanmasına ve Vasiyetnamelerin Yorumuna İlişkin Düşünceler.” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no.2 (Ağustos, 2015): 39-63.
- Baygın, Cem. “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum.” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1-2 (Erzincan: 2000): 567-594.
- Baygın, Cem. *Soybağı Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Baysal, Başak. “Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü.” *İÜHFİM* 70, no. 1 (Mayıs, 2012): 221- 244.
- Baysal, Başak. “Kanunların Zaman Bakımından Yürürlüğü.” içinde *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, 475-503. Ankara: Seçkin Kitabevi, 2004.
- Belling, Detlev ve Nurten İnce. “Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi.” *LHD* 12, no. 137 (2014): 3-58.
- Boyar, Oya. “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki.” *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu, 53-80. İstanbul: Beta Yayınları, 2013.
- Dalcı Özdoğan, Nurchihan. “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (Haziran, 2017): 33-52.
- Demir, Şamil. “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu.” *TAAD* 4, no. 14 (Temmuz: 2013): 1151-1173.

- Ergül, Ozan. “Temel Hak Ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine.” İçinde *Erdal Onar’a Armağan I*. 433-487. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2013.
- Ergüne, Mehmet Serkan. *Vasiyetnamenin Yorumu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Florczak-Wątor, Monika. “The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State.” *ICLR* 17, no. 2 (December, 2017): 40-53.
- Gölcüklü, Feyyaz ve Şeref Gözübüyük. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Hatemi, Hüseyin. *Medenî Hukuk’a Giriş*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1999.
- Hatemi, Hüseyin. *Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.
- İşgüzar, Hasan, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz. *Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Kaneti, Selim. “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 33, no. 1-4 (1988-1990): 199-211.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Miras Hukuku*. Ankara: Tuthan Kitabevi, 2007.
- Kırca, Çiğdem. “Kanunların Yorumunda Yorum Yöntemleri.” <https://www.academia.edu/13988025>.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan. “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, no. 4 (Ekim, 2019): 197-225.
- Kramer, Ernst A. *Juristische Methodenlehre*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2005.
- Öcal Apaydın, Bahar/İnce Akman, Nurten, “Dondurularak Saklanmış Üreme Hücrelerinin veya Embriyonun Eşin Ölümünden Sonra Ana Rahmine Transferi (Postmortal Dölllenme) Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 2 (Mayıs, 2020): 63-107.

- Öncü, Özge: “Vasiyetnamenin Yorumunda İma Teorisi.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 2 (Aralık, 2018): 307-374.
- Sağlam, Fazıl. “Anayasa Şikayeti, Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar.” içinde *Demokratik Anayasa*, ed. Ece Göztepe, Aykut Çelebi, 418 – 466. İstanbul: Metis Yayınları, 2012.
- Shaun D. Pattinson and Beyleveld Deryck. “Horizontal Applicability And Horizontal Effect.” *Quarterly Review* 118 (2000): 623-646.
- Sözer, Ali Nazım. “Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme.” *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, no. 8 (Haziran, 2013): 2477-2534.
- Yeniocak, Umut. “Çocuğun Vasiyetname Yolu İle Tanınması.” *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no. 100 (Aralık, 2014): 117-125.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Siyasi Parti Özgürlüğü: AB Uygulaması ve Türkiye Örneği

Adem KARA*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.
(adem.kara@hbv.edu.tr) **ORCID ID:** [0000-0001-7751-8906](https://orcid.org/0000-0001-7751-8906)

Makale geliş tarihi: 9 Ağustos 2021 **Makale kabul tarihi:** 27 Haziran 2022

Atıf önerisi: Kara, Adem. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Siyasi Parti Özgürlüğü: AB Uygulaması ve Türkiye Örneği.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 3 (Temmuz 2022): 55-102. **DOI:** [10.30915/abd.1159119](https://doi.org/10.30915/abd.1159119)

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE SİYASİ PARTİ ÖZGÜRLÜĞÜ: AB UYGULAMASI VE TÜRKİYE ÖRNEĞİ

ÖZ

Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) siyasi parti özgürlüğünün AB ülke uygulamaları ve Türkiye örneği bakımından araştırılması amaçlanmıştır. Çalışma kapsamında AİHS hükümleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı, Venedik Kriterleri, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından getirilen standartlar, bazı AB ülkelerindeki uygulamalar ve Türkiye pratiği incelenmiştir. Bu kapsamda iç hukukta siyasi parti özgürlüğüne ilişkin mevzuat ve içtihadın AİHS hükümlerine ve AİHM içtihadına uygunluk yönünden birtakım sorunlar barındırdığı tespiti yapılmıştır. Çalışmada anayasada ve mevzuatta yer alan hükümlerin AİHS hükümleri ve AİHM içtihadı paralelinde yeniden gözden geçirilerek değiştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca siyasi parti kapatma davalarında Anayasa Mahkemesinin mer'i mevzuatı AİHM içtihadı ile uyumlu bir yaklaşımla yorumlayarak karar vermesi gerektiği değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler:

siyasi parti özgürlüğü

dernek ve toplantı özgürlüğü

ifade özgürlüğü

düşünce vicdan ve din özgürlüğü

Avrupa Birliği ve siyasi partiler

FREEDOM OF POLITICAL PARTY IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: EU PRACTISE AND THE CASE OF TURKEY

ABSTRACT

In this research, it is aimed to investigate the freedom of political parties in the European Convention on Human Rights (ECHR) in terms of implementations of the EU countries and the example of Turkey. Within the scope of the study, the provisions of the ECHR, the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR), the Venice Criteria, the standards brought by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, some EU countries' practises and the practice in Turkey were examined. In this context, it has been determined that the legislation on freedom of political party and case-law in domestic law contain some problems in terms of compliance with the provisions of the ECHR and the case-law of the ECtHR. In the study, it is stated that the provisions in the constitution and legislation should be revised and amended in parallel with the provisions of the ECHR and the case-law of the ECtHR. In addition, it has been evaluated that the Turkish Constitutional Court should decide on the cases about closure of political parties by interpreting the current legislation with an approach in line with the case-law of the ECtHR.

Keywords:

freedom of political party

freedom of association and assembly

freedom of expression

freedom of thought conscience and religion

European Union and political parties

*Demokrasi, siyasi partiler olmaksızın yaşayamaz,
ancak siyasi partiler yüzünden son bulabilir.*

Georges Vedel**

GİRİŞ

Pozitif hukukta hukukun sùjeleri, haklara, borçlanma ehliyetine ve dava ehliyetine sahip olabilmeleri yönüyle gerçek kişi olan insanlar ve tüzel kişilerdir. Tüzel kişiliğe örnek teşkil eden kolektif oluşumlardan olan siyasi partiler, çoğulcu demokrasilerin ana unsurları arasında yer almaktadır. Dolayısıyla siyasi partilerin haklarının da hukuk düzenince korunması gerekir.

İnsan hakları hukuku ile ilgili temel metinlerde spesifik olarak siyasi partilere özgü bir hüküm bulunmamaktadır.^[1] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) de doğrudan siyasi parti özgürlüğüne yönelik bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durum, insan haklarına ilişkin düzenlemelerin gerçek kişi olan insanı merkezine almasından kaynaklanmaktadır. Öte yandan AİHS'nin 9. maddesinde düzenlenen “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”; 10. maddesinde düzenlenen “İfade Özgürlüğü”; 11. maddesinde düzenlenen “Dernek ve Toplantı Özgürlüğü” ve 1 No.lu Ek Protokol'ün 3. maddesinde yer verilen “Serbest Seçim Hakkı” kavramlarının siyasi parti özgürlüğü ile ilişkili kavramlar olduğu söylenebilecektir. Mahkeme'ye göre Sözleşmenin koruma kapsamına aldığı örgütlenmelerin başında siyasi partiler gelmektedir.^[2] Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM), ulusal makamlarca kapatılan siyasi partiler tarafından, anılan hak ve özgürlüklerin ihlali gerekçesiyle yapılan başvuruları kabul etmiş; siyasi partilerin AİHS ile getirilen güvencelerden yararlanamayacağı hususunda yapılan itirazları reddetmiştir.

** Fransız kamu hukuku profesörü.

[1] Adil Şahin, “İnsan Hakları Hukukunda Siyasal Parti Özgürlüğü ya da AİHM'nin 30 Haziran 2009 Tarihli “Batasuna Kararı” nı Yeniden Düşünmek,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 65, no. 1, (2010): 138.

[2] Case of Socialist Party and Others v Turkey, <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itimid%22:%7B%22001-58172%22%7D%7D>, par. 26, 28.

AİHM kararlarına göre siyasi partiler çoğulcu demokrasinin olmazsa olmazı, bu itibarla demokratik toplumun vazgeçilmez bir unsurudur. Bir yandan demokratik düzenin sağlıklı işleyebilmesi için siyasi partilerin serbestçe kurulup faaliyette bulunabilmesi ihtiyacı, diğer yandan demokratik düzen açısından tehdit oluşturmaları halinde yasaklanmaları ve/veya kapatılmaları gerekliliğinin oluşturduğu ikilem, her devletin kendine özgü hukuki düzenlemeleri ile çözülmeye çalışılmaktadır.^[3]

Avrupa Birliği (AB) ülkelerinde siyasi partiler hukuku oluşturulurken, geçmişte yaşanan tecrübeler de dikkate alınarak belirli bazı sınırlamalara yer verilmiştir. Bu bağlamda, siyasi partilerin kuruluş usûl ve esasları ile siyasi partilerin kapatılmasını düzenleyen hükümlere ya doğrudan anayasa metinlerinde ya da kanunlarda yer verilmiştir. Örneğin Almanya, Avusturya, İtalya, İspanya, Portekiz gibi ülkelerde siyasi parti özgürlüğü doğrudan ya da dolaylı olarak anayasalarda düzenlenmiştir. Danimarka ve Finlandiya gibi bazı ülkelerin anayasalarında siyasi partilere özel bir atıf yapılmadığı görülmektedir. AB ülkelerinde siyasi partilerin kapatılması yönündeki yaptırımlar, istisnai olarak uygulama alanı bulmaktadır. AİHS'ne taraf ülkelerden biri olan Türkiye, siyasi parti özgürlüğünü ve bu özgürlüğün sınırlarını hem Anayasa hem de kanunla düzenlemiştir. Çok partili hayata geçiş sonrası süreçte Türkiye, AB ülkeleri ile mukayese edildiğinde siyasi parti özgürlüğü bakımından olumsuz bir görüntü sergilemiştir. Türkiye'nin AİHM'nin yargı yetkisini tanıdığı 1989 yılından sonraki süreçte de bu durumun değişmediğini söylemek mümkündür.

AİHS'nde siyasi parti özgürlüğünün AB uygulaması ve Türkiye örneği bakımından araştırılmasının amaçlandığı bu çalışmanın ilk bölümünde AİHS'nde siyasi parti özgürlüğü ile ilişkili olan düzenlemelere, AİHM içtihadında yer alan kriterlere, Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) tarafından getirilen standartlara yer verilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde AB ülkelerinde siyasi parti özgürlüğü ve bu özgürlüğün kısıtlanmasına yönelik uygulamaların tespiti amacıyla Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, İtalya, İspanya ve Portekiz örnekleri incelenmiştir. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise Türkiye örneği, Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu'nda yer alan düzenlemeler,

[3] Hakan Sabri Çelikyay ve Rengül Ekizceleroğlu, "Türkiye'de Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminde Son Dönemde Yaşanan Gelişmeler," *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 6, no. 5, (2017): 103.

siyasi parti kapatmalarına ilişkin uygulamalar, tarihsel süreçteki gelişmeler ve AİHM içtihadı ışığında ele alınmıştır.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE SİYASİ PARTİ ÖZGÜRLÜĞÜ, AİHM İÇTİHADINDA YER ALAN KRİTERLER VE DİĞER STANDARTLAR

A) DÜŞÜNCE, VİCDAN VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, AİHS'nin 9. maddesinde düzenlenmiştir. AİHS'nin 9. maddesi, inanç özgürlüğüne ilişkin olarak *içsel alan* (*forum internum*) ve *dışsal alan* (*forum externum*) olmak üzere iki alanı korumaktadır. İçsel alan herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne mutlak olarak sahip olduğu alandır. Dışsal alan ise bu hakkın dışa vurulması sonucu ortaya çıkan sınırlı alandır. Din, vicdan ve düşünce özgürlüğünün dışsal alanı, bu kavramların bireysel veya kolektif, kamusal ya da özel alanda çeşitli yöntemlerle açıklanması anlamına gelmektedir. 9. madde, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü garanti altına alarak din ve dünya görüşü seçme özgürlüğünü düzenlemiştir. Bu madde gereğince Devlet topluma yönelik bir dini inanç lehine zorlama ya da yasaklama yetkisine sahip değildir. Dolayısıyla 9. madde inanç sahiplerinin olduğu kadar inanç sahibi olmayanların da haklarını garanti altına almaktadır (negatif inanç özgürlüğü).

Belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon) ve AİHM, 9. maddede düzenlenen din ve vicdan özgürlüğüne, ifade ve örgütlenme özgürlüğüne tanınan üstün korumayı sağlamamaktadır. AİHS m.9/2 uyarınca din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir. Örneğin AİHM'nin muhtelif kararlarında, *İslamcı fundamentalizmin* çoğulcu demokratik toplumla ve fert özerkliği ile bağdaşmadığı belirtilmiştir. Nitekim *Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye* kararında AİHM, partinin savunduğu birtakım düşünceleri ve projeleri çoğulcu toplum ve demokrasi açısından tehdit olarak kabul etmiş ve henüz eyleme geçmemiş olsa bile partinin kapatılmasının meşru gerekçesi olarak görmüştür. Avusturya'da Nasyonal Sosyalist Parti'nin yasaklanmasına ilişkin kanun uyarınca yargılanarak, cezalandırılan başvurucunun başvurusu, Sözleşme'nin 9. ve 10. maddesinde düzenlenen haklardaki kısıtlamaların meşruiyeti bakımından ele alınmıştır. Komisyon, Avusturya Nasyonal Sosyalist Partisi'nin faaliyetleri göz önüne alındığında bu kısıtlamaları kamu

güvenliği, milli güvenlik ve başkalarının haklarının korunması gibi amaçlar açısından demokratik bir toplumda alınması gereken önlemler kapsamında kabul ederek; kısıtlamanın AİHS'nin m. 9/2. ve m. 10/2'ye aykırı olmadığına hükmetmiştir.^[4] AİHM ve Komisyon 9. maddenin sözleşmeye üye ülkeler tarafından sınırlama alanının belirlenmesinde “sınırlamanın demokratik bir toplumda zorunlu olması” kriterini uygulamaktadır.^[5]

B) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Siyasi partilerin demokrasilerdeki işlevleri dikkate alındığında, siyasi parti özgürlüğünün AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira siyasi partiler kolektif düşüncenin ürünleri olmakla birlikte, aynı zamanda ifade özgürlüğünün toplu olarak kullanılmasını sağlamaktadırlar.^[6] Çoğulcu demokratik bir anlayışın işleyebilmesi ancak düşüncelerin serbestçe ifade edilebildiği bir ortamda mümkündür. Düşünce ve duyguların özgürce yazıyla veya sözle ifade edilebilmesi ve bunların elde edilerek başkalarına ulaştırılabilmesi, bireyin ve toplumun gelişmesi bakımından vazgeçilmez bir kuraldır.^[7] 10. madde ile güvence altına ifade özgürlüğü aslında demokratik bir ülkede demokrasinin başta gelen esaslarından biridir.^[8]

AİHS'nin 10. maddesinde yer verilen ifade özgürlüğü, 9. ve 11. maddede yer verilen inanç ve örgütlenme özgürlüklerini de kapsayan, daha genel (*lex generalis*) anlam taşımaktadır.^[9] Bu sebeple ifade özgürlüğü, toplanma ve

[4] Akt. Veysel Dinler, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Partiler,” (Yüksek Lisans Tezi, Isparta Süleyman Demirel Üniversitesi, 2003), 133.

[5] Şennur Ağırbaşı, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü,” *TBB Dergisi*, no. 101, (Temmuz-Ağustos, 2012): 83.

[6] Socialist Party and Others v. Turkey, par. 41; Refah Partisi and Others v. Turkey, para. 45.

[7] Ömer Anayurt, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004), 121-2.

[8] İlyas Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, (Ankara: Astana Yayınları, 2019), 768.

[9] Feyyaz Gölcüklü ve A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 3.

dernek kurma özgürlüğü içinde yer almakta; Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali, 11. maddenin ihlali içinde adeta erimektedir. İsviçre makamlarının belli bölgelerde bütün siyasi toplantıları yasakladığı *Jurasiennel/İsviçre*[10] olayında Komisyon; 11. maddede öngörülen barışçı amaçlarla toplanma özgürlüğünün ifade özgürlüğü gibi demokratik toplumun temel haklarından biri olduğunu vurgulayarak, bu iki özgürlüğün birbirinden ayrılamayacağı kararına varmıştır.^[11]

TBKP/Türkiye ve *ÖZDEP/Türkiye* davalarında Mahkeme, 11. maddenin özerk anlamına ve özel uygulama alanına karşın, görülmekte olan davanın 10. madde ışığında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.^[12] *Sosyalist Parti/Türkiye* davasında, toplanma ve dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğünün tezahür şekillerinden biri olarak kabul edilmiştir.^[13] Siyasi partilerin ifade özgürlüğünün kolektif kullanılmasını sağlayan en önemli araçlar olması ve onların tüzel kişilik olarak ifade özgürlüğüne sahip olmaları, siyasi partilerin Sözleşmenin 10. ve 11. maddelerini dayanak alabilmelerine imkân sağlamaktadır.

AİHM'ne göre, siyasi partiler, demokratik toplumun özünü teşkil eden ve kamusal tartışmayı mümkün kılan kolektif ifade araçları olduklarından, bir siyasi partinin dile getirdiği görüşler çoğunluğun veya devlet görevlilerinin hoşuna gitmese de kamusal tartışmaya bir katkı niteliğindedir.^[14] Mahkeme, demokratik toplumu tanımlarken muhalefet hakkını ve bu hakkın kullanılmasında ifade özgürlüğünü esas almaktadır. AİHM, *Piermont/Fransa*^[15]

Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), 356.

[10] Bkz. *Rassemblement Jurasiennel et Unité Jurasiennel/İsviçre*, 8191/78, 10 Ekim 1979 tarihli Komisyon kabul edilebilirlik kararı.

[11] Akt. Dinler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Partiler," 131.

[12] Dinler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Partiler," 131.

[13] Bakır Çağlar ve Naz Çavuşoğlu, "Parti Kapatma Davalarında Mermer-Mozaik İkilemi," *Anayasa Yargısı*, no. 16, (1999): 178.

[14] Mustafa Erdoğan, "AİHM'nin RP Kararının Düşündürdükleri," *Liberal Düşünce Dergisi*, no. 23, (2001): 41.

[15] App No: 15773/89; 15774/89 (ECHR 1995)

kararında, ifade özgürlüğünü *muhalefet estetiği* olarak formüle etmiştir.^[16] Kararda muhalif görüşlerin politik arenada yer alması gerektiği vurgulanarak; barışçıl ve izinli bir gösteride yerel partilerin şiddet çağrısı içermeyen konuşmaları, demokratik tartışmaya katkı olarak değerlendirilmiştir. Kararda demokratik toplumun, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği olarak siyasi partiler olmadan sağlanamayacağını altı çizilmiştir. Son olarak, *Kerestecioglu Demir/Türkiye* kararında^[17] AİHM, yasama dokunulmazlığını kaldıran birçok tedbirin birleşiminin, Sözleşmenin 10. maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğünün kullanımına bir müdahale teşkil ettiğine ilişkin önceki içtihadı ışığında, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasının, kendi başına, başvuruçunun Sözleşmenin 10. maddesinde korunan hakkının kullanımına müdahale oluşturduğunu ifade etmiştir.

AİHS m. 10/2 ile ifade özgürlüğünün sınırlanabileceği tahdidi olarak düzenlenmiştir. Buna göre ifade özgürlüğü ancak *ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, sır kabul edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi, yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunması* amaçları için kısıtlanabilecektir. Bu sınırlamalar özellikle modern dünyada nefret, şiddet ve müstehcen ifade ve söylem biçimlerinin artmasıyla ve taraf devletlerin de kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması ve korunması, toprak bütünlüğünün korunması, ahlakın ve sağlığın korunması bakımlarından önemli bir mekanizma haline gelmiştir.^[18]

[16] Bu davada başvuruçusu Alman bir politikacı olup Fransız Polinezyasında bir miting sırasında Fransız Polinezyasının bağımsızlığını desteklediğini ve nükleer karşıtı olduğunu ifade etmiştir. Bu görüşleri sebebiyle başvuruçusu sınır dışı edilmiş ve bir daha Polinezya topraklarına girmesi yasaklanmıştır.

[17] Bkz. <https://anayasagundemi.files.wordpress.com/2021/05/kerestecioglu-demir-v.-turkiye-basvurusu.pdf>, s. 14. Erişim tarihi: 31.05.2021.

[18] Cengiz Gül ve Seher Çakan, "AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması," *ERÜHFD* 13, no. 1, (2018): 404.

C) DERNEK VE TOPLANTI ÖZGÜRLÜĞÜ

Her ne kadar bu çalışma kapsamında siyasi parti özgürlüğü ile ilişkili haklar AİHS'ndeki madde sırasına göre incelenmiş olsa da AİHM, siyasi parti özgürlüğüne ilişkin ihlal iddialarını evvela 11. maddede yer alan dernek kurma ve toplantı özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir. Demokrasilerde, bireylerin taleplerinin karşılanması ile demokrasi rejiminin özündeki katılım olgusunun gerçekleşmesi bakımından dernek, sendika gibi örgütlenmeler temel rol oynamaktadır. 11. maddede güvence altına alınan haklar, demokratik toplumun sosyal ve siyasi değerleridir.^[19] Siyasi partilerin, çoğulculuğun ve demokrasinin düzgün bir şekilde işleminin sağlanmasında sahip oldukları temel görev göz önünde bulundurularak, partilere karşı alınan her türlü tedbir hem örgütlenme özgürlüğünü hem de bunun bir sonucu olarak, ilgili devletteki demokrasiyi etkilemektedir.^[20] Komisyona göre, Sözleşmenin 11. maddesinde, madde kapsamının belli bir örgüt veya grupla sınırlandırılmasını gerektiren herhangi bir durum bulunmamakta, 11. maddenin demokrasinin tam olarak işleminin sağlayan hukuki bir güvence olduğu düşünülecek olursa, siyasal partiler bu maddenin koruduğu en önemli örgütlerden biri olmaktadır.^[21] TBKP/Türkiye ve Sosyalist Parti/Türkiye davalarında, AİHM siyasi partilerin 11. madde korumasından yararlanacağını hükme bağlamıştır.^[22] TBKP/Türkiye davasında AİHM, siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğüne yönelik hükme dayanıp dayanamayacakları konusunda, 11. maddenin lafzından daha ikna edici olan şeyin siyasal partilerin demokrasinin tam olarak işlemesi için temel örgütlenme biçimi olduğu ve Sözleşme sisteminde demokrasinin önemine

[19] Şeref Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, 2. baskı, (Ankara: TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 2001), 284.

[20] Bkz. Rusya Cumhuriyet Partisi/Rusya, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22ite%22mid%22:%22001-104495%22>, 78.

[21] Mesut Aydın, "Bölünmez Bütünlük İlkesine Aykırılık Nedeniyle Yasaklanan Siyasal Partilerin Yasaklanma Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 60, no. 2, (2005): 7.

[22] TBKP ve diğeri/Türkiye, <http://www.tohav.org/turkiye-birlesik-komunist-partisi-turkiye-davasi>, (Erişim 25.03.2021), par. 33-34; Socialist Party and Others v. Turkey, para. 28.

bakıldığında, siyasi partilerin 11. madde kapsamına girdiğinden kuşku duyulamayacağını açıkça belirtmiştir.^[23]

AİHS’nde örgütlenme türleri, ayrı ayrı maddeler yerine, tek bir madde içinde düzenlemiştir. Burada örgütlenme özgürlüğü kapsamında yer alan siyasi partilere açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, Komisyon ve AİHM kararlarında siyasi partiler, siyasal amaçların aktif olarak gerçekleşmesini sağlayan kurumlar olarak ele alınmakta ve 11. madde kapsamında değerlendirilmektedir. Dernek ve toplantı özgürlüğü, düşünce özgürlüğü gibi özgürlükçü düzenin temeli sayılmaktadır.^[24] Bu madde, özel hüküm (*lex specialis*) niteliği taşımakla beraber, kimi zaman inanç ve ifade özgürlüklerini düzenleyen 9. ve 10. maddelerin ışığında da değerlendirilebilmektedir. AİHM kararlarında, Sözleşmenin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin, 11. maddenin yorumunda kullanılmasının zorunlu bir durum yarattığı sık sık vurgulanmaktadır. AİHM’ne göre, 9. ve 10. maddeler 11. maddenin unsurlarındandır ve bu maddelerin ihlali, 11. maddenin ihlaline katılan ilave ihlaller olarak değerlendirilmektedir.^[25]

Dernek ve toplantı özgürlüğünün hangi hallerde sınırlandırabileceği AİHS m. 11/2’de düzenlenmiştir. Buna göre dernek ve toplantı hakkı “demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler mahiyetinde olarak millî güvenliğin, genel emniyetin, düzeni muhafazanın, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için ve ancak kanunla” sınırlandırılabilir. Sözleşmenin örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesi, Türkiye’de Anayasa’ya ve Siyasi Partiler Kanunu’na (SPK) aykırılık gerekçesiyle uygulanan siyasi parti kapatma yaptırımlarının söz konusu hükme aykırı bulunması yönüyle, ayrıca önem arz etmektedir.^[26]

[23] Aydın, “Bölünmez Bütünlük İlkesine Aykırılık,” 8.

[24] Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2002), 349.

[25] Gölcüklü ve Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 367-368.

[26] TBKP, SP, ÖZDEP, HEP, DEP ve STP’nin kapatılma kararları, AİHM tarafından Sözleşmenin 11. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

D) SERBEST SEÇİM HAKKI (1 NO.LU EK PROTOKOL MADDE 3)

Siyasi parti özgürlüğü ile ilişkili bir kavram olan serbest seçim hakkı, Sözleşme sistemine 1 No.lu Ek Protokol^[27] ile birlikte girmiştir. AİHM'nin birçok kararında belirttiği gibi, demokrasi AİHS'ne uygun tek siyasal rejimdir ve siyasi partiler demokrasinin layığıyla işlemlerini sağlayan en önemli kurumlardır.^[28] 1 No.lu Ek Protokol'ün "*Serbest Seçim Hakkı*" başlığını taşıyan 3. maddesi şu şekildedir: "Yüksek sözleşen taraflar yasama organının seçiminde halkın kanaatinin özgürce açıklanmasını sağlayacak koşullar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler."

Bu madde, basit bir oy hakkından ziyade, sözleşmeye taraf devletlerin yasama organını serbest seçimler ile oluşturması zorunluluğuna işaret etmektedir. Komisyon ilk kararlarında, bu hakkın kurumsal bir hakkı içerdiğini ifade etmiştir. Komisyon ve AİHM'nin görüşü zamanla gelişerek genişlik kazanmış ve bu hakkın Sözleşmedeki diğer haklar gibi subjektif bir hak olduğu sonucuna varılmıştır. Serbest seçim hakkı, *oy kullanma* ve *aday olma* haklarını içermektedir.^[29] Seçimlerin serbest olması; halkın kanaatini özgürce ortaya koyacak koşulların sağlanması ve seçmenin belli bir yönde oy kullanma zorunda bırakılmaması anlamına gelmektedir. Bu koşullar, AİHS'nin 10. ve 11. maddeleriyle yakın ilişki içerisindedir. Serbest seçim hakkı mutlak bir hak değildir. AİHM serbest seçim hakkı kapsamında incelediği başvurularda bu hakkın mutlak bir nitelik taşımadığını, devletlerin kendi siyasal sistemleri üzerinde geniş bir takdir yetkilerinin olduğunu istikrarlı biçimde dile getirmiştir.^[30]

E) AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA YER ALAN KRİTERLER

Sahip olduğu büyük önemle birlikte, siyasi parti özgürlüğünün de Sözleşmede yer alan ve mutlak niteliğe sahip işkence yasağı, kölelik yasağı gibi birkaç hak ve özgürlük dışındaki tüm hak ve özgürlüklerde olduğu gibi

[27] Bkz. https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/05/08/AIHS_1_protokol.pdf, Erişim tarihi: 01.02.2022.

[28] Dinler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Partiler," 134.

[29] Gölcüklü ve Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 437.

[30] Serkan Nebi Yıldırım, *Bir Siyasi Hak Olarak Seçme Hakkının Niteliği*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 58.

sınırlandırılması kaçınılmazdır. Mahkeme, Sözleşmenin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi ve toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesi için aynı sınırlandırma testini uygulamaktadır.^[31] Mahkeme anılan maddelerde düzenlenen özgürlüklerin ihlali iddialarına ilişkin başvuruları üç aşamalı olarak incelemektedir.

İncelemenin birinci aşaması, şikâyete konu olan olayın bahsi geçen haklardan birinin kapsamında yer alıp almadığına, dolayısıyla hükmün uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmedir. Bu inceleme sonrasında olumlu bir sonuca ulaşılması durumunda ikinci aşamaya geçilmekte; aksi halde başvuru reddedilmektedir. Bu aşamada Mahkemenin konu bakımından yetkili olup olmadığı tespiti yapılmaktadır. İncelemenin ikinci aşaması, söz konusu haklara yönelik olan işlemin, eylemin veya alınan önlemin müdahale teşkil edip etmediğine ilişkindir. Bu inceleme sonrasında söz konusu haklara müdahale edildiği sonucuna ulaşılması durumunda üçüncü ve son aşamaya geçilebilmekte; aksi halde başvuru reddedilmektedir. İncelemenin üçüncü ve son aşamasında ise vaki müdahalenin, söz konusu hakların düzenlendiği maddelerin ikinci fıkrası çerçevesinde haklılık kazanıp kazanmadığı incelenmektedir. AİHM içtihatlarına göre bir müdahalenin haklı olup olmadığının belirlenmesi; söz konusu özgürlüğe yapılan müdahalenin *kanuni olması*, *meşru bir amaç için yapılmış olması* ve *demokratik bir toplumda gerekli olması* kriterlerinin karşılanması ile mümkün olmaktadır.^[32] AİHM'ne göre "Kanun" yetkili mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükte olan hükümdür.^[33] Mahkemenin yaptığı bu *özerk yorum* ile kanunilik kriteri başvurucular lehine olacak şekilde genişletilmiştir. AİHS'nde meşru amaçların bir kısmı *kamu güvenliği*, *kamu sağlığı*, *kamu düzeni*, *genel sağlık*, *ahlak*, *başkalarının hak ve özgürlükleri* olarak düzenlenmiştir. Öte yandan meşru amaçların bir kısmı ise yalnızca belirli bir hakkın sınırlandırılması bakımından düzenlenmiştir. Örneğin *ülkenin ekonomik refahı* yalnızca özel

[31] Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi için de aynı test uygulanmaktadır.

[32] Zeynep Hazar, "Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklilik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme," *YBHD* 3, no. 1, (2018): 73.

[33] Leyla Şahin /Türkiye, 88; Gülcü/Türkiye, BN. 17526/10, KT. 19.01.2016, 103-104.

hayata ve aile hayatına saygı hakkının düzenlendiği 8. madde için meşru sınırlandırma amacı iken, *gizli bilgilerin açığa vurulması ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması* yalnızca ifade hürriyetinin düzenlendiği 10. madde için meşru sınırlandırma amacı niteliğindedir. 11. maddenin ikinci fıkrasına göre;

- Milli güvenlik,
- Kamu güvenliğinin sağlanması,
- Kamu düzeninin sağlanması,
- Suç işlenmesinin önlenmesi,
- Sağlığın, ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması

Örgütlenme ve toplantı özgürlüğünün sınırlandırılması için söz konusu olabilecek meşru amaçlardır. AİHS'nde yer alan demokratik toplumda gereklilik ilkesi, AİHM tarafından zamanla geliştirilmiş ve devletlerin bir hakkı meşru amaçlarla sınırlandırırken uyması gereken en önemli ölçüt halini almıştır. Siyasi parti özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşruluğunun tespitinde her ne kadar üç aşama varsa da Mahkeme'nin içtihadının şekillendiren ve ihlalin olup olmadığına karar verilen aşama, çoğu zaman müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı aşamasıdır.^[34] Demokratik toplumda gereklilik ölçütü, AİHS'nin iki temel dayanağını içinde barındırmaktadır. Bunlardan ilki, *çoğulcu toplumun gerçekleşme aracı olan demokrasinin teminat altına alınmasıdır*. Nitekim AİHM, *Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye* kararında partinin savunduğu birtakım düşünceleri ve projeleri çoğulcu toplum ve demokrasi açısından tehdit olarak kabul etmiş ve henüz eyleme geçilmemiş olsa bile partinin kapatılmasının meşru gerekçeleri olarak görmüştür. İkinci temel dayanak ise *insan haklarına saygının etkin bir şekilde yargısal denetiminin yapılmasıdır*. Demokratik bir toplumda gereklilik ilkesi ile bir yandan egemenlik hakkının kullanılması anlamında taraf devlete takdir yetkisi tanınırken, diğer yandan AİHS'ne taraf devletlerin, örgütlenme ve toplantı özgürlüğüne müdahalelerinin Mahkemece denetiminin yapılmasına imkân sağlanmaktadır.

[34] Hazar, "Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklilik İlkesi," 81.

F) VENEDİK KOMİSYONU RAPORU

1998 yılında Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğinin isteği ile “Siyasi partilerin yasaklanması ve benzer tedbirler” başlığı altında ülkeler bazında kapsamlı ve karşılaştırmalı bir inceleme gerçekleştirmiştir.^[35] Venedik Komisyonu, aldığı yanıtlara dayanarak, siyasi partilerin yasaklanmasına ilişkin ulusal kuralları sınıflandıran ve inceleyen bir rapor hazırlamış ve bu rapor 12-13 Haziran 1998 tarihindeki Genel Kurul Toplantısı’nda kabul edilmiştir. Parti kapatmaya ilişkin ulusal uygulamaların *kayda değer çeşitliliği*, siyasi partilerin uymak zorunda olduğu; yasaklama ve kapatma kriterleri olarak başvurulabilecek maddi şartların düzenlenmesine de yansımaktadır. Venedik Komisyonunun 1998 Raporu’nun 2009 yılında yayımlanan güncel versiyonuna göre, siyasi partiler hakkındaki muhtelif ulusal şartlar arasında aşağıdaki başlıklarla ilgili yasaklar yer almaktadır:^[36]

- Devletin varlığına veya hâkimiyetine yönelik tehditler,
- Temel demokratik düzene yönelik tehditler,
- Devletin toprak bütünlüğüne yönelik tehditler,
- Sosyal, etnik veya dini nefreti beslemek,
- Etnik ayrımcılığı körüklemek,
- Şiddete başvurmak veya şiddete başvurmakla tehdit etmek,
- Nazizm veya faşizm,
- Suç örgütleri,
- Askeri veya paramiliter örgütler,
- Gizli veya yıkıcı yöntemler.

[35] İnceleme çerçevesinde Arnavutluk, Arjantin, Azerbaycan, Belarus, Belçika, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Kanada, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Japonya, Kırgızistan, Letonya, Liechtenstein, Litvanya, Moldova, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, Slovakya, İspanya, Slovenya, İsveç, İsviçre, Türkiye, Ukrayna ve Uruguay’dan yanıt alınmıştır.

[36] Venedik Komisyonu’nun Türkiye’de Siyasi Partilerin Yasaklanmasına İlişkin Anayasal ve Yasal Hükümlere Dair Görüşü, (2009 Güncellenmiş Versiyonu), https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/rapor_Venedik_Komisyonu_Turkiye_Raporu.pdf, 6.

Venedik Komisyonu tarafından Avrupa'daki siyasi partilerin yasaklanmasına ve kapatılmasına ilişkin 1998 yılında gerçekleştirilen anket, Venedik Komisyonunun Aralık 1999'da "Siyasi partilerin yasaklanmasına ve kapatılmasına ve benzeri tedbirlere ilişkin ilkelerin" kabulü ile sonuçlanmıştır. Yedi paragraftan oluşan bu ilkeler ile başka hususların yanı sıra siyasi partilerin önemi vurgulanırken ve parti kapatmanın, "son derece kısıtlı miktarda" ve "katı bir ölçülülük ilkesine bağlı kalarak uygulanması gereken geniş kapsamlı bir tedbir" olduğunun altı çizilmiştir. Venedik Komisyonu bu görüşünde, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin (AKPM) onaylamış olduğu ve başka kurumların yanı sıra Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği gibi kurumlar tarafından genel Avrupa standartları olarak anılan bu ilkeleri tekrarlamış ve teyit etmiştir. Söz konusu ilkelerden özellikle üçüncü paragrafta yer alan ilke büyük önem taşımaktadır:

Siyasi partilerin yasaklanması veya kapatılması yalnızca, demokratik anayasal düzeni yıkmak için siyasi araç olarak şiddetin kullanılmasını savunan veya şiddet kullanan ve bu şekilde anayasa ile güvence altına alınmış hakları ve özgürlükleri zayıflatan partiler söz konusu olduğunda haklı olabilir. Bir partinin Anayasanın barışçıl bir şekilde değiştirilmesini savunması tek başına yasaklama veya kapatılma için yeterli bir sebep olmamalıdır.

Burada hemen belirtmek gerekir ki "anayasal düzeni yıkmak için siyasi araç olarak şiddetin kullanılmasını savunma veya şiddet kullanma" kriteri, AIHM'nin İslamcı fundamentalizm ve nasyonal sosyalizm gibi siyasi akımların, henüz düşünce ve proje aşamasında olsa bile yasaklanması gerektiğine dayanan içtihadı ile farklılık arz etmektedir.

G) AVRUPA KONSEYİ PARLAMENTERLER MECLİSİNİN KARARI

Siyasi parti özgürlüğü hususunda AKPM'nin 2002 tarihli ve 1308 sayılı kararı da dikkat çekicidir. İlgili kararın 11. paragrafında siyasi partilerin kısıtlanması bağlamında aşağıdaki ifadeler yer verilmiştir:

Sonuç olarak ve yukarıdakilerin ışığında, Meclis, üye devletlerin hükümetlerini aşağıdaki ilkelere uymaya davet etmektedir:

- Siyasi çoğulculuk, her demokratik rejimin temel ilkelerinden biridir;

- Siyasi partilerin sınırlandırılması veya kapatılması, yalnızca ilgili partinin şiddete başvurması veya toplumun huzurunu ve ülkenin demokratik anayasal düzenini tehdit ettiği durumlarda uygulanacak istisnai tedbirler olarak görülmelidir;
- Mümkün olduğunca kapatmadan daha az radikal tedbirlere başvurulmalıdır;
- Bir parti, üyelerinin parti tüzüğüne veya faaliyetlerine aykırı eylemlerinden sorumlu tutulamaz;
- Siyasi bir parti yalnızca son çare olarak, ülkenin anayasal düzenine uygun şekilde ve adil bir yargı için gerekli tüm garantileri sunan usuller çerçevesinde yasaklanmalı veya kapatılmalıdır;
- Her üye devletin yasal sisteminde, partileri sınırlayan tedbirlerin siyasi mercilerce keyfi bir şekilde kullanılamamasını sağlayan spesifik hükümler yer almalıdır.

AKPM kararında yer alan standartlara göre siyasi partilerin kapatılması için üç temel gerekçenin ön plana çıktığı söylenebilecektir. Bunlardan ilki “çoğulcu toplumun gerçekleşme aracı olan demokrasinin teminat altına alınması”, ikincisi “siyasi partilerin yalnızca şiddet kullanılmasını savunması ya da şiddeti politik bir araç olarak kullanması (ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve hoşgörüsüzlük şiddet savunusunun belirli görünümüleri olarak kabul edilmektedir)”;^[37] üçüncüsü ise “kapatma önleminin demokratik düzeni korumak bakımından son çare olması”dır. Sonuç itibarıyla kapatılmak istenen parti demokratik düzen açısından gerçek bir tehlike oluşturmalı ve bu tehlikenin daha hafif önlemlerle giderilmesi mümkün olmamalıdır.^[38]

II. AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNDE SİYASİ PARTİ ÖZGÜRLÜĞÜ

Çalışmanın bu bölümünde AB üyesi ülkeler bakımından siyasi parti özgürlüğü, söz konusu özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin uygulama ve/veya düzenleme geçmişi olan bazı ülkeler tespit edilerek incelenmiştir. Bu

[37] AİHM içtihadında bazı davalar bakımından Refah Partisi kararında da görüleceği üzere, şiddet koşulu zorunlu değildir.

[38] Oktay Uygun, “Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi,” *Anayasa Yargısı* 17, (2000): 259.

kapsamda Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, İtalya, İspanya ve Portekiz örneklerine yer verilecektir.

A) ALMANYA

AB ülkeleri arasında, anayasasında siyasi parti yasağına yer veren ülkelerden biri Almanya'dır. 1949 tarihli Batı Alman Anayasası'nın 21. maddesinin ikinci fıkrası ile siyasi parti özgürlüğünü düzenlemekte ve "amaçları ve faaliyetleri liberal demokratik düzeni bozmak veya parçalamak veya cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek olan siyasal partilerin, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından, anayasa-dışı ilan edilebileceğinin" altını çizmektedir. Anılan hüküm uyarınca, herhangi bir siyasi partinin, amacı ve yandaşlarının davranışlarıyla, özgür demokratik düzeni kısıtlamayı, ya da Federal Cumhuriyet'in varlığını tehlikeye düşürmeyi hedeflemesi, o partinin kapatılmasını gerektirmektedir. Bir siyasi partinin kapatılması için, parti taraftarlarının hür demokratik düzeni ihlal ve bertaraf etmeye veya Almanya'nın varlığını tehlike içine sokacak tutum ve davranışlara yönelmiş olması gerekmektedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından siyasi partilerin kapatılmasındaki amaç "hür demokratik devletin, kendisine yönelik hasmane amaçlara karşı koyması, savunma durumunda kalması ve temel düzene yönelik saldırıları önlemeye çalışması" şeklinde belirtilmiştir. Almanya'da Federal Parlamento, Federal Konsey veya Federal Hükümet bu hususta yetkili kılınmış; Federal Savcıya bu yetki verilmemiştir.^[39]

Almanya'da 1945'te Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei-NSDAP*), 1952'de Sosyalist Reich Partisi (*Sozialistische Reichspartei Deutschlands-SRP*) ve 1956'da Almanya Komünist Partisi (*Kommunistische Partei Deutschlands-KPD*) olmak üzere toplamda üç parti kapatılmıştır. Dolayısıyla 1949 tarihli Anayasa hükmü gereğince, SRP ve KPD olmak üzere toplamda iki parti Federal Anayasa Mahkemesi tarafından anayasa-dışı ilan edilerek kapatılmıştır. KPD'nin kapatılması kararında Federal Anayasa Mahkemesi, partinin düzeni yıkmak için *faal, savaşçı ve agresif* bir tutum içinde bulunduğunu tespitine yer vermiştir.

[39] Vedat Ahsen Coşar, "Siyasi Partilerin Yasaklanması ile İlgili Venedik Kriterleri," *Ankara Barosu Dergisi* 67, no. 2, (Bahar, 2009): 126.

AİHM kapatılan KPD'nin başvurusunu^[40] reddederken, Sözleşmenin hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin 17. maddesine^[41] dayanmıştır.^[42] KDP 1967 yılında yeniden kurulmuş, bu partinin tekrar kapatılması yönünde bir talepte bulunulmamıştır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu davalarda, bir yorum ilkesi olarak *mücadeleci demokrasi* kavramına başvurmuştur. Militan demokrasi olarak da bilinen bu yaklaşıma göre bir demokrasi kendi değerlerini korumak için siyasi ifade hürriyetini ve siyasi örgütlenme hakkını sınırlayabilir.^[43] Bu anlayışta şiddet içermeseler de tamamen demokratik yol, araç ve yöntemler dahilinde olsa bile birtakım düşünceler savunulamaz, siyasal örgütlenmelerine imkân tanınmaz ve dolayısıyla bu düşünceler demokratik yollardan da olsa iktidara taşınmaz.^[44]

2003 yılında aşırı sağcı Nasyonal Demokrat Parti (*Die Nationaldemokratische Partei Deutschlands-NPD*) ile ilgili ilk kapatma girişimi parti yönetiminde istihbarat için çalışan bağlantı elemanlarının bulunduğu anlaşılması nedeniyle başarısız olmuştur. Anayasa Mahkemesi hâkimleri tüm bağlantı elemanlarının NPD yönetiminden çekilmesini bir kapatma davası için şart koşmuş, aksi takdirde kapatmaya gerekçe oluşturan kanıtların iç istihbarat birimi Anayasayı Koruma Dairesi tarafından uzaktan kontrol edilip edilmediğinin belirsiz kalacağını açıklamıştır. NPD'nin kapatılmasına yönelik ilk girişimden sonuç alınamaması üzerine eyaletler, 2012 yılında yeni bir kapatma girişiminde bulunma kararı alarak 2013 yılı aralık ayında Federal Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Alman Federal

[40] Bkz. European Commission on Human Rights (ECommHR), *Kommunistische Partei Deutschlands vs Germany*, 20 July 1957, Application No. 250/57.

[41] Madde 17- Hakların kötüye kullanımının yasaklanması: *Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri bir devlete, topluluğa veya ferde, işbu Sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya mezkûr Sözleşmede derpiş edildiğinden daha geniş ölçüde tahditlere tabi tutulmasını istihdaf eden bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya mâtuף herhangi bir hak sağladığı şeklinde tefsir olunamaz.*

[42] Fazıl Sağlam, "Cogito İnsan Hakları" içinde *Siyasal Parti Özgürlüğü*, ed. Korkut Tankuter (İstanbul: YKY, 2000), 207.

[43] Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı*, 13. Baskı (Bursa: Ekin Yayınları, 2021), 268.

[44] Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 452.

Hükümeti ve Eyalet Temsilciler Meclisi, 2003 yılındaki davadan farklı olarak bu sefer dava başvurusuna dâhil olmamıştır.^[45] NPD'nin kapatılması talebi, 2017 yılında, Anayasa Mahkemesi tarafından "NPD'nin anayasa düşmanı ve nasyonal sosyalizm ile düşünsel yakınlık içinde bulunduğu, ancak faaliyetlerinin başarıya ulaşmasını sağlayacak ağırlığa sahip olmadığı" gerekçesiyle reddedilmiştir.

Federal Anayasa Mahkemesi, özgür ve demokratik düzenin unsurlarını; *anayasada somutlaşan insan hakları, kişi hürriyeti, halk egemenliği, kuvvetler ayrılığı, hükümetin sorumluluğu, idarenin hukuka bağlılığı, mahkemelerin bağımsızlığı, çoğunluk prensibi ve siyasi partilerin eşit koşullarda rekabeti* olarak sıralamıştır. Bu kapsamda, bir siyasi partinin kapatılması için, bu niteliklerdeki toplum düzeninin bir kısmını veya tamamını sonlandırma amacının olması yeterli görülmemekte, aynı zamanda *eyleme geçme şartı* aranmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi, bir partinin yasaklanabilmesi için o partinin demokrasi karşıtı görüşlere sahip olmasının ötesinde siyasi eylemlerde kendisini gösteren ve temel demokratik düzenle sabit bir plana göre sürekli ve kararlı bir şekilde savaşılmaya yönelik sabit bir amaç güttüğünün sağlam delillere dayandırılarak ispatlanmasının gerekli olduğuna hükmetmiştir.^[46] Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 46. maddesinin üçüncü fıkrasına göre Anayasa Mahkemesi, bir siyasi partinin anayasaya aykırılığı nedeniyle kapatılmasına karar vermesi durumunda; partinin tamamının veya bir bölümünün mallarının kamu yararına tasfiye edilmesine hükmedebilmektedir. Kapatılan partinin yerine ikamesi olan bir partinin kurulması yasaktır. SRP ve KPD partilerinin kapatılması sonrasında bu partilerin mülkiyetinde bulunan mallar kamu yararına tasfiye edilmiştir.

Almanya'da, siyasal parti kapatma rejimini düzenleyen anayasanın 21. maddesinin pratik düzlemde uygulamasının artık terk edildiği; antidemokratik amaçlara ulaşmak için "illegal hareketlere ve kuvvet kullanmaya tevessül etmeyen" siyasal partiler için, kapatma yaptırımının söz konusu olmadığı

[45] Bu süreçte, NPD, "resmi makamlar tarafından anayasaya aykırı bir parti olarak gösterilip ayrımcılığa maruz kaldığı" gerekçesiyle 2016 yılının Ekim ayında AİHM'e başvurmuştur. Ancak AİHM, şikâyetin görünür bir gerekçesinin bulunmadığına işaret ederek başvuruyu kabul etmemiştir.

[46] TBMM, "Venedik Komisyonu Raporu," 22. (Erişim: https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/venedik_komisyonu.pdf).

söylenbilir.^[47] Nihai tahlilde gözlemlenen, eleştirileri dikkate alan Alman liberal demokratik sisteminin, siyasal partiler için, 1956 sonrasında, artık, kapatma yaptırımını uygulamasını terk ettiği ve kapatmayı bir çözüm yöntemi olarak benimsemediğidir.^[48]

B) AVUSTURYA

Avusturya'da 1975 tarihli Siyasi Partiler Yasası siyasal partilerin serbestçe oluşumunu düzenlerken aynı zamanda nasyonal sosyalizmin siyasal partiler içinde yeniden yükselişi de yasaklamıştır.^[49] Avusturya'da anayasa düzeyinde bir yasa olan “Nasyonal Sosyalist Partinin Yasaklanmasına İlişkin Yasa” ile nasyonal sosyalist bir örgütü ayakta tutmaya veya yeniden oluşturmaya yönelik girişimler yasaklanmıştır.^[50] Avusturya Nasyonal Sosyalist Partisi'nin yasaklanmasına ilişkin kanun gereği yargılanarak, cezalandırılan bir başvurucunun başvurusu, Sözleşmenin 9. ve 10. maddesinde yer alan haklardaki kısıtlamaların meşruluğu bakımından ele alınmıştır. Komisyon, Avusturya Nasyonal Sosyalist Partisi'nin faaliyetleri göz önüne alındığında bu kısıtlamaları *kamu güvenliği, milli güvenlik ve başkalarının haklarının korunması* açısından demokratik bir toplumda alınması gereken önlemler kabul edilerek; 9/2. ve 10/2. maddeler uyarınca özgürlüğün kısıtlanmasını haklı bulmuştur.

Avusturya Anayasa Mahkemesi, Siyasi Partiler Yasası uyarınca 1987 yılında aşırı sağcı Milli Demokratik Parti'yi (*Nationaldemokratische Partei-NDP*) yasadışı ilan etmiştir. Ancak esas ilginç olan 1999 yılında seçimle iş başına gelen ve 2000'lerin başında Wolfgang Schüssel'in önderliğindeki Avusturya Halk Partisi'ne (*Österreichische Volkspartei-ÖVP*) koalisyon ortağı olan Jörg Haider başkanlığındaki aşırı sağcı Avusturya Özgürlük Partisi'nin (*Freiheitliche Partei Österreichs-FPÖ*) iş başına gelmesinden

[47] Gordon, Dan, “Limits on Extremist Political Parties: A Comparison of Israeli Jurisprudence with that of the United States and West Germany,” *Hastings International & Comparative Law Review* 87, (1987): 377.

[48] Şahin, “İnsan Hakları Hukukunda Siyasal Parti Özgürlüğü,” 152.

[49] Birce Albayrak Coşkun, “Türkiye’de Siyasal Parti Kapatma ve Avrupa Örnekleri Parti Kapatmak Demokrasi Tehdidi mi?,” *Memleket Siyaset Yönetim* 3, no. 7, (2008): 143.

[50] Dinler, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasal Partiler,” 53.

sonra dönemin 14 AB ülkesinden aldığı tepkiler ve neticesidir.^[51] Aşırı sağcı olarak nitelenen FPÖ'nün koalisyon ortağı olarak dâhil edildiği Schüssel hükümeti, AB ülkeleri tarafından devlet adamlarının el sıkılmama gibi sembolik protestolarından, çeşitli alanlarda Avusturya hükümeti ile iş birliğine gidilmemesine kadar varan ciddi siyasi tepkilerle karşılaşmıştır. Ayrıca AB, Portekiz dönem başkanlığı sırasında, ülkelerden gelen baskılar sonucunda sadece hükümeti değil Avusturya vatandaşlarını da kapsayan yazılı siyasi yaptırım kararı çıkarmıştır.

C) BELÇİKA

Belçika'da siyasi partiler hukuk düzeni tarafından tanınmadığı gibi, parlamento için aday belirleme konusunda bile siyasi partilere ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.^[52] Belçika'da 2004 yılında Flaman Blok Partisi'ne, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı yasağına aykırı davrandığı gerekçesiyle, 40.000 avro para cezası verilmiştir. Bu karar doğrultusunda parti lideri partiyi fesih kararı olarak, Flaman Çıkarı (*Vlamms Belang*) adıyla yeni bir parti kurmuştur.^[53] Belçika'nın Valonya bölgesinde faaliyet gösteren aşırı sağcı Ulusal Cephe (*Front National- FN*) partisi, 1985'ten 2012'ye kadar faal olan sağcı popülist bir partiydi. Parti, güçlü bir üniter Belçika milliyetçiliğini savunmuş, göçe şiddetle karşı çıkmıştır. FN Frankofon partisi statüsünde olmasına rağmen Flaman seçmenlere ulaşmıştır.^[54] FN'nin lideri Daniel Feret, 2006 yılında ırkçılık suçundan yargılanmıştır. Brüksel Temyiz Mahkemesi, Féret'in suç teşkil eden davranışının parlamento faaliyetleri kapsamına girmediğini ve broşürlerin ırk nedenleriyle ayrımcılığa veya nefrete açık ve kasıtlı bir kışkırtmayı temsil eden pasajlar içerdiğini tespit etmiştir. Mahkeme, Féret'i göçmenlerin entegrasyonu ile ilgili 250 saatlik toplum hizmetine 10 ay hapis cezasına çevrilebilecek şekilde mahkûm etmiştir. Mahkeme ayrıca, Feret'in 10 yıl süreyle parlamentoda aday olamayacağına karar vererek ve

[51] Albayrak Coşkun, "Türkiye'de Siyasi Parti Kapatma," 143.

[52] Dinler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Partiler," 31.

[53] Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/eyayin/GAZETELER/WEB/MECLIS%20BULTENI/2469_2008_0000_0143_0000/0012.pdf, Erişim tarihi: 19.01.2022.

[54] Bkz. https://historica.fandom.com/wiki/National_Front_of_Belgium, Erişim tarihi: 19.02.2022.

sivil partilerin her birine bir Euro gibi sembolik bir tazminat ödemesine hükmetmiştir.^[55] AİHM, söz konusu cezaya ilişkin başvuru kapsamında Sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.^[56] Mahkeme, başvurunun yorumlarının, net bir şekilde yabancılar arasında, özellikle halktan daha az bilgiye sahip olan kişiler arasında güvensizlik, reddetme hatta nefret duygularını uyandırma eğiliminde olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre, başvurunun seçim çalışmaları kapsamındaki mesajları, açık bir şekilde ırk ayrımcılığına kışkırtma anlamına gelmektedir. Kararda başvurunun mahkûmiyeti, kargaşanın önlenmesi ve başkalarının (göçmenler gibi) hakkının korunması bağlamında meşru görülmüştür.

D) DANİMARKA

Danimarka Nasyonal Sosyalist İşçi Partisi (*Dansk Nationalt Socialistiske Arbejderparti-DNSAP*), Almanya'da Nazilerin seçim başarısından sonra, 1930'da kurulmuştur. DNSAP, Alman Nazilerini örnek almışlardır. II. Dünya Savaşı bittikten sonra, popülerliğini tamamen kaybeden DNSAP, Mayıs 1945'te yasaklanmıştır. 1953 tarihli Danimarka Anayasası'nda siyasi partiler dernek özgürlüğünün bir türü olarak düzenlenmiştir. Danimarka Anayasası'nın 8. Kısmında yer alan 78. maddenin ikinci fıkrasında “Şiddet uygulayan veya amacına, şiddeti kışkırtarak veya başka görüşlere sahip kişiler üzerinde benzer cezalandırılabilir etki yoluyla şiddet yoluyla ulaşmayı amaçlayan dernekler, mahkeme kararıyla kapatılır.” hükmü düzenlenmiştir.^[57] Birçok ülkede olduğu gibi, Danimarka'da da siyaseti yöneten ilkeler, anayasada yazılı temel kuralların çok ötesine geçmekte ve gelenek, pratik düşünceler ve genel olarak sosyal gelişmeler, siyasi yaşam koşullarına büyük

[55] Bkz. <http://merlin.obs.coe.int/article/4993>, Erişim tarihi:19.04.2021.

[56] Bkz. AİHM Nefret Söylemi Kararları, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_TUR.pdf, Erişim tarihi: 02.09.2021.

[57] Danimarka Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Denmark_1953.pdf, Erişim tarihi: 03.03.2022.

ölçüde katkıda bulunmaktadır.^[58] Son olarak Danimarka'da parti kapatma davalarına bakma yetkisinin Yargıtay'da olduğunu belirtmek gerekir.^[59]

E) FİNLANDIYA

Finlandiya'da 1918 tarihinde kurulan Finlandiya Komünist Partisi (*Suomen Kommunistinen Puolue-SKP*) 1944 yılına kadar yasaklı kalmıştır. Bu parti, 1992 yılında dağılarak Sol İttifak ve Finlandiya Komünist Partisi olmak üzere iki partiye bölünmüştür. Finlandiya Anayasası'nda siyasi parti özgürlüğüne ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Finlandiya'da herhangi bir siyasi partinin kapatılmasını talep etme hakkı İçişleri Bakanına, savcılara veya siyasi parti üyelerine aittir. Bu yöndeki başvuru, partinin kurulu olduğu yer bölge mahkemesine yapılacağı; bölge mahkemesi kararı için Yüksek Mahkeme'de temyiz hakkının bulunduğu düzenlenmiştir. Finlandiya Yüksek Mahkemesi, 22.09.2020'de Neo-Nazi İskandinav Direniş Hareketi'ni (NRM) yasaklama kararı almıştır.^[60] AİHS, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve AİHM içtihadına atıfta bulunulan kararda, nasyonal-sosyalizme dayalı bir siyasi sistem kurmaya çalışmanın ne toplanma ne de ifade özgürlüğünün sınırlarına girdiği, aksine bu hakların ihlali anlamına geldiği ifade edilmiştir. AİHS'nin 10. ve 11. maddelerine göre değerlendirme yapılan karar kapsamında AİHS'nin insan haklarının diğer kişilerin hak ve özgürlüklerini yok etmeye yönelik amaçlarla kullanılmasını engellemeyi amaçlayan 17. maddesine de atıfta bulunulmuştur. Karar, AİHM'nin nasyonal sosyalizmin demokrasiyle bağdaşmayan totaliter bir ideoloji olduğunu açıkça belirttiği *Nachtmann/Austria* (1998) ve *Schimanek/Austria* (2000) kararları ile İslamcı fundamentalizmin demokrasi ile bağdaşmayacağına ilişkin olan *Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye* (2003) kararına benzemesi yönüyle ayrıca kayda değer niteliktedir. Finlandiya

[58] Political Parties, <https://www.thedanishparliament.dk/en/political-parties>, Erişim tarihi: 08.08.2021.

[59] Venedik Komisyonu Raporu, https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/venedik_komisyonu.pdf, 23, Erişim 07.02.2022.

[60] Disbandment of an association, <https://korkeinoikeus.fi/en/index/ennakkopaatokset/shortsummariesofselectedprecedentsinenglish/2020/kko.html>. Erişim tarihi: 31.11.2021.

Yüksek Mahkemesinin aldığı bu yasaklama kararına ilişkin olarak AİHM tarafından alınan bir karar bulunmamaktadır.

F) İTALYA

Dünyada ilk defa 1947 İtalyan Anayasası'nda "Bütün yurttaşların, demokratik yöntemle, ulusal siyasetin belirlenmesine katılmak üzere, partiler halinde serbestçe birleşmek hakları vardır" denilerek, siyasi partiler anayasal bir kurum olarak kabul edilmiştir.^[61] Anayasa'nın "Geçici ve Son Hükümler" başlığı altında düzenlenen 12. maddesinde, "Feshedilen Faşist Partinin herhangi bir şekilde yeniden kurulması yasaktır" hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemeyi destekleyici mahiyette 1952 tarihli siyasi partilere ilişkin uygulama kanununda; "şiddeti politik amaç olmak kullanmak, özgürlükleri bastırmak, demokrasiyi ve kurumlarını karalamak, ırkçı politikalar geliştirmek, faşist görünüşlü gösteriler yapmak suretiyle faşist partiye özgü antidemokratik amaçlar izlemek" yasak kapsamında alınmıştır. İtalya'da günümüze kadar kapatılan tek parti Nasyonal Faşist Partidir (*Partito Nazionale Fascista-PNF*). İtalya'da Benito Mussolini tarafından kurulan PNF, 1943'te hükümet tarafından siyasi faaliyetten menedilmiş ve İtalya Anayasası'nın geçici 7. maddesi ile PNF'nin yeniden kurulması yasaklanmıştır. AİHM, İtalya'da faşist partinin kurulmasının yasaklanmasına ilişkin kararında, böyle bir yasağın AİHS'nin 11. maddesinde yer alan meşru sebeplerden "kamu güvenliğini ve başkalarının haklarını koruma amacı" bakımından gerekli olduğu sonucuna varmıştır.^[62] İtalyan siyasi tarihine göz atıldığında, siyasi partilere getirilen sınırlamalarla özgürlükçü ve çoğulcu demokrasinin zarar görmemesine özen gösterildiği görülmektedir. Bu kapsamda İtalyan siyasi hayatında Komünist Parti sistemden dışlanmasına rağmen, siyasi hayatına devam etmiş, hatta koalisyon hükümetlerinde yer alarak iktidar dahi olabilmiştir. Ayrıca, görüş itibarıyla kapatılan PNF'nin devamı olan bir parti dahi kurulmuş ve siyasi varlığını sürdürmüştür.^[63]

[61] Dinler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Partiler," 29.

[62] Fazıl Sağlam, "Siyasi Partiler Kanunu'nda Uluslararası Standartlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler," *Anayasa Yargısı* 17, (2000): 234.

[63] Erdal Abdulhakimoğulları, "Türkiye'de Siyasi Partilerin Kapatılması Rejimi," (Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi, 2000), 105.

G) İSPANYA

İspanya anayasasında siyasi partiler, demokratik çoğulculuğun ve siyasal katılmanın temel aracı olarak nitelendirilmektedir. Siyasi partiler, ulusal iradenin oluşmasını ve ifade edilmesini sağlamaya çalışır.^[64] İspanya anayasasında siyasi partilerin yasaklanmasına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin düzenlemeler Partiler Kanunu'nun 5. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, “Bir partinin yasaklanması veya faaliyetlerinin durdurulması, İspanya Ceza Kanununda yasadışı örgüt olarak tanımlanan bir durumun ortaya çıkması, partinin antidemokratik bir tutum veya davranış içinde olması” hallerinde parti mahkeme kararıyla kapatılabilecektir. İspanya'da bir siyasi partiyi kapatma davasını kendi inisiyatifiyle başlatma yetkisi İspanyol Parlamentosu Cortes'in iki meclisinden birinin talebiyle devlet savcısı kanalıyla hükümete ve Maliye Bakanlığına verilmiştir. İspanya'daki uygulamalar, Maliye Bakanlığının bu yetkisini yalnızca hükümet politikasına uygun şekilde kullanmış olduğunu göstermektedir.^[65]

İspanya'da 1998 yılında Halk Birliği (*Herri Batasuna*) Partisi^[66], seçim kampanyası sırasında televizyonda parti propagandası için ayrılan sürede şiddet yanlısı ayrılıkçı Bask Vatanı ve Özgürlüğü Örgütü'nün (*Euskadi Ta Askatasuna-ETA*) bir video kaydını yayınlaması sebebiyle, silahlı çete ile iş birliği yaptığı gerekçesiyle cezalandırılmıştır. Parti kapatılmamış fakat parti yöneticilerinden 23 kişi hakkında terör örgütü ile bağ kurdukları gerekçesiyle, yedi yıl hapis cezasına hükmedilmiştir. 2002 yılında, Hâkim Baltasar Garzon tarafından, Batasuna ve Herri Batasuna partileri üç yıllık bir dönem için, geçici olarak yasaklanmış; söz konusu partilerin bütün yönetim birimlerine ve mallarına el konulmuştur. Mahkeme Batasuna ve Herri Batasuna'nın kapatılması kararını, “söz konusu partilerin demokrasinin sürdürülmesine uygun olmayan davranışlarına; anayasal değerlere, insan haklarına ve demokrasiye zarar veren davranışlarına ve Siyasal Partiler Kanunu'na aykırı olan fiillerine” dayandırmıştır. Eylül 2002'de hükümet,

[64] Dinler, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Partiler,” 30.

[65] Venedik Komisyonu Raporu, https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/venedik_komisyonu.pdf, 24.

[66] Herri Batasuna, bir seçim koalisyonu olarak kurulmuş ve 1 Mart 1979 tarihli genel seçimlere katılmıştır. 5 Haziran 1986'da Herri Batasuna partisinin kurulmasından sonra 30 Mayıs 2001 tarihinde Batasuna adında yeni bir siyasi parti kurulmuştur.

Batasuna'nın sürekli olarak kapatılması için İspanya Yüksek Mahkemesine başvurmuştur. 10.03.2003 tarihinde Batasuna, Anayasa Mahkemesine başvurarak, Siyasal Partiler Kanunu'nun anayasaya aykırılık gerekçesiyle, iptal edilmesi talebinde bulunmuş; bu talep 12.03.2003 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. 27.03.2003 tarihinde ise, İspanya Yüksek Mahkemesi, Batasuna'nın kapatılması için açılan davayı oybirliği ile onaylamış ve Batasuna ile Batasuna'nın selefleri olan Herri Batasuna ve Euskal Herritarrok adlı siyasi partiler de (terör, şiddet ve ETA bağlantısına dikkat çekilerek) kapatılmışlardır. Yüksek Mahkeme'nin, Batasuna Partisi'nin kapatılmasına özgü kararını Başyargıç Francisco Hernando "Batasunanın silahlı ve ayrılıkçı grup ETA ile bağlantılı ve ETA'nın terörist faaliyetleri ile ilgili olduğu" ifadeleriyle gerekçelendirmiştir.^[67] İspanyol Anayasa Mahkemesinin 16.01.2004 tarihli kararı ile kapatma yaptırımları onaylanarak süreç sona ermiştir.

Bunun üzerine ilgili siyasi partiler, kapatma kararına karşı, AİHS'nin 10. ve 11. maddelerine dayanarak, kapatma yaptırımının, ifade özgürlüğünün ve örgütlenme özgürlüğünün ihlali anlamına geldiği; İspanya Siyasi Partiler Kanunu'nun ulaşılabilir ve öngörülebilir olmadığı, kapatma yaptırımının meşru bir amacı izlemediği, demokratik bir toplumda gerekli olmadığı ve ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı iddiaları ile AİHM'ne başvurmuştur. Başvuruyu inceleyen AİHM, anılan siyasi partilerin başvurusunu "kabul edilebilir" bulmuş ve partilerin yasa dışı ilan edilmesi yönünde alınan kararın AİHS ile "uyumlu olduğuna" karar vermiştir.^[68] AİHM kararda, ilgili siyasi partilere uygulanmış olan kapatma yaptırımının, AİHS'nin 11. maddesi bağlamında, örgütlenme özgürlüğüne yönelik ve hukuk tarafından öngörülmüş, meşru amaç taşıyan bir uygulama olduğunu ifade etmiştir.^[69] AİHM'nin Batasuna kararında, Refah Partisi kararında olduğu gibi bir siyasi partinin, yasaların ya da devletin anayasal yapısının değiştirilmesini önerebileceği, ancak hem

[67] Katherine A. Sawyer, "Rejection of Weimarian Politics or Betrayal of Democracy?: Spain's Proscription of Batasuna under the European Convention on Human Rights," *American University Law Review*, (03/52, 2003): 1541.

[68] Bkz. Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, Başvuru No: 25803/04 ve 25817/04, karar tarihi: 30 Haziran 2009.

[69] Herri Batasuna v. Spain, Başvuru No:25803/04; Batasuna v. Spain, Başvuru No:25817, Para: 94.

bu amaç için kullanılacak araçların, hem de önerilen değişikliğin demokrasiye uygun olması gerektiği ilkesi yinelenmiş; demokrasiye tehdit oluşturan bir siyasal partinin kapatılması için iktidara geçmesinin beklenemeyeceği belirtilmiştir.^[70]

H) PORTEKİZ

Portekiz'de 1976 Anayasası'nın çeşitli hükümlerinde siyasi partilere yer verilerek hem kurumsal hem de temel haklar bakımından güvence sağlanmıştır. Halk iradesinin örgütlenmesi ve ifadesi partilere bir ödev olarak yüklenmektedir.^[71] Portekiz Anayasası ile Anayasa Mahkemesine siyasi partilere, bunların koalisyonlarına ve cephelerine ayrıca da bazı siyasi kuruluşlara yönelik yetkiler verilmiştir.^[72] Siyasi Partiler Kanunu'na göre, siyasi partiler ancak etkinliklerine göre kapatılabilmektedir. Kanunda kapatma sebebi, "parti amaçlarının samimi olmaması, kamu ahlakı veya düzenine ters düşecek veya silahlı kuvvetlerin disiplinini sarsacak şekilde haksız araçlarla izlenmesi, ideoloji olarak faşizmin belirlenmesi" şeklinde sayılmıştır. Bir siyasi partinin yasaklanması talebine ilişkin başvuru, savcılık tarafından veya dava ehliyetine sahip vatandaşlar tarafından yapılabilmektedir. Faşist partilerin kapatılması için başvuruda bulunma yetkisi, sadece Devlet Başkanı, parlamento, hükümet, ombudsman, başsavcı ve bölge hükümeti organına tanınmıştır.^[73]

III. TÜRKİYE ÖRNEĞİ

Türkiye AİHS'ni 18.05.1954 tarihinde onaylamış; 28.01.1987'de AİHM'ne bireysel başvuru hakkını tanımış; AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini ise 25.09.1989 tarihinde kabul etmiştir. Dolayısıyla, 25.09.1989 tarihinden önce siyasi partilere yönelik olarak uygulanan kapatma yaptırımlarının

[70] Rıza Türmen, "AİHM'nin Herri Batasuna kararı ve Türkiye," <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/riza-turmen/aihm-nin-herri-batasuna-karari-ve-turkiye-1113582>, Erişim tarihi: 11.05.2021.

[71] Dinler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Partiler," 30.

[72] Armando M. Marquez Guesdes, Portekiz Anayasa Mahkemesi, <https://anayasa.gov.tr/media/4822/armando.pdf>, Erişim tarihi: 07.01.2021.

[73] Akt. Abdulhakimoğulları, "Türkiye'de Siyasi Partilerin Kapatılması Rejimi," 78.

AİHM'ne taşınması mümkün olmamıştır. Öte yandan, Türkiye'de siyasi parti özgürlüğünün gelişimine ilişkin sürecin fotoğrafını çekme ve geçmişle bugün arasında mukayese yapabilme amacıyla, çalışmanın bu bölümünde siyasi parti özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin olarak 1961 Anayasası öncesindeki uygulamalar, 1961 Anayasası'nın kabulünden 1982 Anayasası'nın kabulüne kadar olan uygulamalar ile 1982 Anayasası'nın kabulünden sonraki uygulamalar incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca AİHM'nin Anayasa Mahkemesinin (AYM) kapatma kararlarına ilişkin yaklaşımı ortaya konmaya çalışılmıştır.

A) TÜRKİYE'DE SİYASİ PARTİ YASAKLAMALARI

1- 1961 Anayasası Öncesindeki Yasaklamalar

16.08.1909 tarihinde çıkarılan Cemiyetler Kanunu, Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında bazı değişikliklere uğramakla beraber 28.06.1938 tarihli Cemiyetler Kanunu'nun çıkarılmasına kadar yürürlükte kalmıştır. 1961 Anayasası'nın kabulünden önce siyasi partiler cemiyetlerle aynı hukuki statüde kabul edilmiş ve 1961 Anayasası'na kadar parti kapatmalar genel olarak bu Kanun kapsamında gerçekleştirilmiştir. 1961 Anayasası ile yapılan düzenleme öncesinde siyasi partiler, çok partili sisteme geçmeden önce Bakanlar Kurulu kararıyla; 1946'da çok partili sisteme geçişten sonra ise Ankara Sulh Ceza Mahkemesi,^[74] Sulh Ticaret Mahkemesi^[75] ya da Sıkıyönetim Komutanlığı^[76] tarafından kapatılmıştır.

Bu dönemde kapatılan partilerin kapatılma gerekçelerini ana hatlarıyla “dini siyasete alet etmek/irtica”, “komünist temayüller taşımak” ve “yasal yükümlülükleri yerine getirmemek” şeklinde sınıflandırmak mümkündür. Dini siyasete alet etmek gerekçesiyle kapatılan partilere Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası (1925), İslam Koruma Partisi (1946), İslam Demokrat Partisi (1952), Türk Muhafazakâr Partisi (1953), Millet Partisi (1954) örnek olarak verilebilir. Komünist temayüller taşımak gerekçesi ile kapatılan partilere;

[74] 1946'da kurulan Türkiye Sosyalist Partisi, Eminönü Sulh Ceza Mahkemesi kararıyla kapatılmıştır.

[75] 1950'de kurulan Demokrat İşçi Partisi, Sulh Ticaret Mahkemesi tarafından kapatılmıştır.

[76] 1946'da kurulan Türkiye Sosyalist Emekçi ve Köylü Partisi ve yine 1946'da kurulan İslam Koruma Partisi, Sıkıyönetim Komutanlığınca kapatılan partilerdendir.

Çiftçi ve Köylü Partisi (1946), Türkiye Sosyalist Emekçi ve Köylü Partisi (1946) ve Türkiye Sosyalist Partisi (1952) örnek teşkil etmektedir. Bunlara ek olarak, Vatan Partisi kurucu sayısı üçten aşağı düştüğü için Medeni Kanun'un 70. maddesi uyarınca 1948'de; Milli Kalkınma Partisi ise Genel Kurul toplantısını yapamamış olması nedeniyle 1958'de münfesiş sayılmıştır. Ahali Cumhuriyet Fırkası, 1930'da Bakanlar Kurulu kararıyla "idare heyeti gösteremediği" gerekçesiyle kapatılmıştır.

Ünal'ın bahse konu dönemdeki siyasi parti kapatma uygulamalarına ilişkin tespitlerini aşağıda aynen aktarmakta yarar görüyoruz:^[77]

Gerek CHP'nin Tek Parti iktidarı yıllarında gerekse DP'nin nispeten çoğulcu iktidarında bu partilerin program ve faaliyetleri devletin geleceği adına tehdit olarak algılanmış ve politik yaşamlarının devamına imkân tanınmamıştır. Siyasi İslam düşüncesi devletin laik karakterine tehdit olarak algılandığı için İslamcı partiler kapatılmıştır. Sol düşünceye sahip olan partiler ise beynelmilelci karakterde oluşu, belirli bir sınıf ve zümrenin çıkarlarına hizmet gayesi taşıması ve ülkenin millî birlik ve bütünlüğüne tehdit olması gibi nedenlerle kapatılmışlardır. Bunlara yasaların gerektirdiği kurucu sayısının altına düşmesi ya da genel kongresini toplayamaması gibi nedenlerle kapatılan partiler de eklenince 1960 yılına kadar Türkiye'nin siyasi partiler mezarlığına döndüğü görülmektedir.

2- 1961-1982 Yılları Arasındaki Yasaklamalar

Türkiye'de siyasi partilere ilişkin ilk anayasal düzenleme 1961 Anayasası ile yapılmıştır. 1961 Anayasası'nın 56. ve 57. maddelerinde siyasi partiler ile ilgili özel hükümlere ve siyasi parti yasaklarına yer verilmiş; parti kapatma davalarının AYM'de görüleceği düzenlenmiştir. Türkiye'de, 1963'te AYM'nin kuruluşundan, tüm partilerin feshedildiği 12 Eylül 1980 askeri darbesine kadar toplam altı parti hakkında kapatma davası açılmıştır. AYM, bu davaların tamamında kapatma yönünde karar vermiştir.

AYM tarafından görülen ilk kapatma davası, 1961'de kurulan İşçi-Çiftçi Partisi'nin kapatılmasına ilişkindir. Bahse konu dava sonucunda İşçi-Çiftçi Partisi "öngörülen sekiz aylık süre içinde tüzük ve program ile yönetmeliklerini ve diğer parti mevzuatını, merkez karar organlarının kararıyla, sözü

[77] Süzan Ünal, "Türkiye'de 1923- 1960 Yılları Arasında Kapatılan Siyasi Partiler," *Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 5, no.10 (Mart, 2016): 152.

geçen kanun hükümlerine uydurmadığı” gerekçesiyle 1968’de kapatılmıştır. Türkiye İşçi Partisi “Devletin ülkesi ve ulusu ile bölünmezliği temel ilkesine aykırılık”^[78] gerekçesiyle 20.07.1971’de; Türkiye İleri Ülkü Partisi, “Anayasa Mahkemesince yapılan ihtara rağmen kanunla belirtilen altı ay süre, fazlasıyla geçtiği halde söz konusu aykırılıkların giderilmemiş bulunması nedeniyle”^[79] 14.06.1971’de; Necmettin Erbakan liderliğinde kurulan Milli Nizam Partisi (MNP) “lâiklik ilkesine aykırı davranışlarda bulunulduğu”^[80] gerekçesiyle 20.05.1971’de; Büyük Anadolu Partisi “kuruluşundan itibaren iki yıl içinde büyük Kongresini toplamadığı ve tüzüğünde görülen eksiklikler ile 643 sayılı Siyasî Partiler Kanununa aykırı hükümlerin tamamlanması ve düzeltilmesi için 113. üncü madde hükümleri gereğince Anayasa Mahkemesi tarafından ihtara rağmen bazı aksaklıkların giderilmediği, tutulması zorunlu defterleri tutmadığı” gerekçesiyle 1972’de^[81] ve son olarak Türkiye Emekçi Partisi ise “Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde ulusal ya da dinsel kültür ayrılığına veya dil ayrılıklarına dayanan azınlıklar bulunduğunu ileri sürmelerini, Türk dilinden ya da kültüründen gayri dil ve kültürleri korumak veya geliştirmek yahut yaymak yoluyla Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde azınlıklar yaratarak ulus bütünlüğünü bozma”^[82] gerekçesi ile 08.05.1980’de AYM kararı ile kapatılmıştır. 12 Eylül 1980 askeri darbesinden sonra çıkarılan 16.10.1981 tarihli ve 2533 sayılı Siyasî Partilerin Feshine Dair Kanun ile o dönemde faaliyette bulunan tüm siyasî partiler kapatılmıştır.^[83] Bahse

[78] Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, https://www.anayasa.gov.tr/media/4928/kd_09.pdf, 131.

[79] Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, https://www.anayasa.gov.tr/media/4928/kd_09.pdf, 79.

[80] Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, https://www.anayasa.gov.tr/media/4928/kd_09.pdf, 70.

[81] 23.03.1973 tarihli ve 14490 sayılı Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/14490.pdf>, 1.

[82] Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, https://www.anayasa.gov.tr/media/4937/kd_18.pdf, 3.

[83] Adalet Partisi, Cumhuriyet Halk Partisi, Milliyetçi Hareket Partisi, Milli Selamet Partisi, Millet Partisi, Türkiye Birlik Partisi, Cumhuriyetçi Güven Partisi, Türkiye Sosyalist İşçi Partisi, Vatan Partisi, Demokrat Parti, Türkiye Ulusal Kadınlar Partisi,

konu siyasi partilerin malvarlıkları hazineye devredilirken yöneticileri de tutuklanmıştır.

3- 1982 Anayasasının Kabulünden Sonraki Durum

1982 Anayasası'nın 67. maddesinin ilk fıkrasında “Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoymasına katılma hakkına sahiptir.” hükmü ile bir siyasi parti içerisinde siyasi faaliyette bulunma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın “Parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma” başlıklı 68. maddesinin ikinci fıkrasında “siyasi partilerin, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları” olduğu hüküm altına alınmıştır. Anılan maddenin üçüncü fıkrasında “Siyasi partiler önceden izin almadan kurulurlar ve Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürürler.” ibaresi ile siyasi parti kurmanın izne tabi olmadığı belirtilmiş ancak siyasi partilerin Anayasa ve kanunlara uygun faaliyette bulunmasına ilişkin çerçeve çizilmiştir. Anılan maddenin dördüncü fıkrasında ise “Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.” hükmü ile siyasi partiler bakımından hukuka aykırılık teşkil edecek eylem ve faaliyetler düzenlenmiştir.^[84]

Anayasa'nın “Siyasi partilerin uyacakları esaslar” başlıklı 69. maddesinde partilerin kapatma ve devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Anayasanın 69. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan;

Bir siyasi partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi

Türkiye İşçi Partisi, Sosyalist Devrim Partisi, Nizam Partisi, Türkiye İşçi-Köylü Partisi, Sosyalist Vatan Partisi, Hürriyetçi Millet Partisi, Hür Demokratlar Partisi.

[84] Anayasa'nın 68/4. maddesindeki bu hüküm AİHS ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü (md. 11) ile çelişmektedir.

halinde karar verilir. (Ek cümle: 3/10/2001-4709/25 md.) Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.

hükmü uyarınca bir siyasi partinin anılan fiillerin *odağı haline* ilişkin tespit AYM tarafından yapılır. AYM kimi hallerde temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına da karar verebilir.^[85] Anılan maddenin yedinci fıkrasında yer alan yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partilerin temelli olarak kapatılacağı hükme bağlanmıştır. 69. maddede ayrıca temelli kapatılan bir partinin bir başka ad altında kurulamayacağı düzenlenmiştir. Anayasa'nın 69. maddesinde sayılan hallerden ötürü partinin kapatılmasına veya dava konusu fiillerin ağırlığına göre devlet yardımından kısmen ya da tamamen yoksun bırakılmasına, toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğuyla yani 15 üyenin 10'unun oyuyla karar verilebilmektedir.

1982 Anayasası'ndan sonra yürürlüğe giren 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda (SPK) Anayasa'da sayılan kapatma nedenlerinin yanında diğer birtakım kapatma nedenleri düzenlenmiştir. Anayasa, kapatma kavramını *temelli kapatma* ve *kapatma* olarak düzenlemiştir. Anayasa m. 69/4 siyasi partilerin *kapatılmasından*, m.69/5 ila m.69/9 ise *temelli kapatılmasından* bahsetmektedir.^[86] Benzer şekilde Anayasa m. 149/son hükmünde de “*siyasi partilerin temelli kapatılması veya kapatılmasına ilişkin davalar*” ifadesi yer almaktadır. Anayasada düzenlenen temelli kapatma sebepleri aşağıda sunulmuştur:

- Siyasi partilerin *tüzük ve programlarının* Anayasa m. 68/4 hükümlerine aykırılık teşkil etmesi (Anayasa m. 69/5)

[85] Nitekim AYM, 2008 yılındaki AK Parti kapatma davasında, 6'ya karşı 5 oyla AK Parti'nin Hazine yardımının yarısından mahrum bırakılmasına karar vermiştir.

[86] Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2021), 477.

- Siyasi partilerin *eylemlerinin* Anayasa m. 68/4 hükümlerine aykırılık teşkil etmesi: Eylemlerin odağı haline geldiğinin tespiti (Anayasa m. 69/6) veya
- Siyasi partilerin yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alması (Anayasa m. 69/10)

Gözler'e göre Anayasa'da yer alan bu üç sebep sınırlandırılarak sayılmamıştır. Anayasa'nın 69. maddesinde siyasi partilerin ancak bu üç sebeple kapatılabileceği veya siyasi partilerin bir başka sebeple kapatılamayacağı yolunda bir hüküm yoktur.^[87] Öte yandan, anılan Anayasa hükümlerine paralel olarak SPK'nın 101. maddesinde de kapatma nedenleri üç başlık halinde düzenlenmiştir. Buna göre;

Anayasa Mahkemesince bir siyasi parti hakkında kapatma kararı;

a) Bir siyasi partinin tüzük ve programının Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı olması, sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlaması, suç işlenmesini teşvik etmesi,

b) Bir siyasi partinin, Anayasanın 68 inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin işlendiği odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespiti,

c) Bir siyasi partinin, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alması,

hallerinde verilir.

Gözler'in de dikkat çektiği üzere ne Anayasa'da ne de SPK'da "temelli kapatma" ile "kapatma" arasında bir ayırım yapılmamıştır.^[88] AYM'nin siyasi parti kapatma kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yolu işletilebilir. AİHM'nin AYM'nin siyasi parti kapatma kararının AİHS ve eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğine hükmetmesi halinde AİHM kararının kesinleştiği

[87] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 467.

[88] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 477.

tarihten itibaren bir yıl içinde AYM'den yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulabilir.^[89]

1982 Anayasası sonrasındaki siyasi parti kapatma kararları incelendiğinde, 20.05.1983'te kurulan Büyük Türkiye Partisi, 31.05.1983 tarihli ve 79 sayılı Millî Güvenlik Konseyi kararıyla^[90] kapatıldığı dikkat çekmektedir. 22.07.1983'te kurulan Türkiye Huzur Partisi 25.10.1983'te 1982 Anayasası hükümlerine göre AYM tarafından kapatılmıştır.

90'lı yıllarda, hem Türkiye'nin AİHM'nin yargı yetkisini kabul etmiş olması hem de PKK'nın terör eylemlerini artırması paralelinde siyasi parti özgürlüklerinin kısıtlanması bağlamında oldukça dikkat çekici gelişmeler yaşanmıştır. 1990'da kurulan Türkiye Birleşik Komünist Partisi, 1991'de; 1991'de kurulan Halk Partisi ise kuruluşundan sekiz ay sonra; 1988'de kurulan Sosyalist Parti, 1992'de; 1990'da kurulan Halkın Emek Partisi'nin (HEP), 1993'te AYM kararı ile kapatılmıştır. 1992'de kurulan Özgürlük ve Demokrasi Partisi de kapatılması için AYM'de dava açılmış; ancak parti dava sonucunu beklemeden 30.04.1993'te kongre kararıyla kapanmıştır. Buna rağmen AYM'de görülen dava devam etmiş ve 23.11.1993'te kapatma kararı ile sonuçlanmıştır. 1992'de kurulan Sosyalist Türkiye Partisi, 1993'te, 1988'de kurulan Yeşiller Partisi 1994'te; 1992'de kurulan Demokrat Parti, 1994'te; kapatılan HEP'in yerine kurulan Demokrasi Partisi (DEP) de 16 Haziran 1994'te kapatılmıştır. 1991'de kurulan Sosyalist Birlik Partisi hakkında da kapatma istemiyle AYM'de açılan dava devam ederken parti, 1994'te kongre kararıyla kapanmıştır. Ancak parti hakkında AYM'de açılan dava düşmemiş ve parti hakkında 1995'te kapatma kararı alınmıştır.

1995 yılından itibaren Anayasa ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda yapılan olumlu değişikliklerle siyasi parti kapatma davaları sayıca azalmış ancak AYM'nin önüne gelmeye devam etmiştir. 1995'te kurulan Demokrasi ve Değişim Partisi 1996'da; 1996'da kurulan Emek Partisi, 1997'de; 1990'da kurulan Diriliş Partisi 1997'de; 1983'te kurulan Refah Partisi (RP) 1998'de; 1997'de kurulan Demokratik Kitle Partisi ise 1999'da AYM kararıyla

[89] Ömer Keskinsoy, *Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı. (Ankara: Monopol Yayınları, 2021), 310.

[90] Yusuf Ziya Keskin, "12 Eylül Ara Rejimi Döneminde Türkiye'de Siyasi Gelişmeler (1980-1983)," *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, no. 26 (Sonbahar, 2020): 717.

kapatılmıştır. Kapatılan RP'nin devamı olarak 1997'de kurulan FP'nin 2001'de kapatılması, 2000'li yılların ilk siyasi parti kapatma kararı olmuştur. Kapatılan DEP'in devamı olarak 1994'te kurulan Halkın Demokrasi Partisi (HADEP) 2003'te; 1995'te kurulan Türkiye Adalet Partisi, 2006'da; yine 1995'te kurulan Adalet Partisi 2009'da; HADEP hakkında kapatma davası açıldıktan sonra kurulan Demokratik Halk Partisi (DEHAP) 2005 yılında kongre kararıyla kendisini feshederek 2005'te kurulan Demokratik Toplum Partisi'ne (DTP) katılmış; ancak DTP de 2009'da AYM kararıyla kapatılmıştır. 1995'te kurulan Büyük Adalet Partisi ise 2010'da kapatılmıştır. 2010 yılındaki kapatma kararından sonra günümüze kadar başka bir siyasi parti kapatma kararı söz konusu olmamıştır.

AYM tarafından kapatılan partilerden çoğunluğu, *ülkenin bölünmez bütünlüğü ilkesinin ihlali* bir diğer ifadeyle *bölücülük* gerekçesiyle kapatılmıştır.^[91] Siyasi partilerden bazıları ise *ihlara rağmen kongre yapmamak, hesabını süresinde vermemek, mevzuatını düzeltmemek, aykırılıkları gidermemek* gerekçeleriyle kapatılmıştır.^[92] Bunun dışında *laikliğe aykırı eylemler, iki seçime katılmama, kapatılan partinin devamı olma, laikliğe aykırı program, bölücülüğün yanı sıra kısmen laikliğe aykırı eylemler, laikliğe aykırı eylemlerin odağı olma* gibi gerekçelerle de kapatma yaptırımı söz konusu olmuştur.

Son olarak, 17.03.2021'de, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Bekir Şahin tarafından, Halkların Demokratik Partisi'nin (HDP) kapatılması istemiyle hazırlanan iddianame AYM'ye gönderilmiştir. İddianamede, HDP'nin terör eylemlerinin odağı olduğu, HDP üyelerinin beyan ve eylemleriyle devletin bölünmez bütünlüğünü bozmayı, ortadan kaldırmayı amaçladığı ileri sürülmüş; partinin halen tutuklu bulunan eski eş genel başkanlarından Selahattin Demirtaş'ın da aralarında bulunduğu 687 kişi hakkında siyasi yasak getirilmesi ve partiye verilen hazine yardımının kesilmesi talep edilmiştir. AYM, iddianamede Anayasa'nın parti kapatmayı düzenleyen 68. ve 69. maddeleri uyarınca *terör eylemlerinin odağı olma* suçlamasının yer aldığına, bu iddianın da kişilerin eylemlerine dayandırıldığına ancak partiyle ilişkilendirilmediğine ve iddianamenin parti kapatmaya ilişkin yargılama usullerine

[91] Bölücülük gerekçesiyle kapatılan partiler: TİP, TEP, TBKP, SP, HEP, ÖZDEP, TSP, DEP, SBP, DDP, EP, DKP ve HADEP.

[92] İÇP, TİÜP, BAP, YP ve DP.

de aykırı olduğuna hükmederek iddianameyi eksikliklerin tamamlanması istemiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına 31.03.2021 tarihinde iade etmiştir. Bunun üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ikinci kez hazırlanan iddianame 07.06.2021 tarihinde AYM'ye gönderilmiştir. 850 sayfadan oluşan yeni iddianamede 451 HDP'li hakkında siyasi yasak talebi ve partinin banka hesabına tedbir konulması istemi de yer almıştır. AYM raportörünün, iade gerekçesindeki eksikliklerin giderildiği tespitini yaparak iddianamenin kabulü yönünde hazırladığı rapor sonrasında Başsavcılığın iddianamesini yeniden inceleyen AYM, iddianameyi oy birliğiyle kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme, Başsavcılığın HDP'nin hazine yardımlarının bulunduğu banka hesabına bloke konulması yönündeki tedbir talebini bu aşamada reddetmiştir.

B) AYM'NİN SİYASİ PARTİ KAPATMA KARARLARINA İLİŞKİN AİHM KARARLARI

AYM, Anayasa'nın sistematiğine uygun olarak, siyasi parti kapatma davalarına yönelik değerlendirmelerinde hem özel hem de genel yasaklama hükümlerine atıf yapmış ve bu konuda kümülatif bir uygulamayı benimsemiştir. Siyasi parti kapatma davalarında, özel norm olan Anayasa'nın 68/4. maddesi yanında genel norm olan Anayasa'nın 14. maddesi ile Anayasa'nın başlangıç hükümlerinin kullanılması, yasaklamaların çeşitlenmesine neden olmuş ve siyasi partilerin kapatılmasını kolaylaştırmıştır. AYM bazı parti kapatma davalarında, uygulayacağı normla bağlantılı gördüğü Anayasa'nın diğer düzenlemelerine de yer vermiştir.^[93] Ancak, AİHM, Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri özel bir biçimde ele almakta, Sözleşmenin özel hükmünün ihlali söz konusu olduğunda, Sözleşmenin diğer maddeleri bakımından ayrıca değerlendirme yapmamaktadır.

AYM'nin kapatma kararlarından dokuzuna^[94] ilişkin olarak AİHM'nde Türkiye'ye karşı davalar açılmıştır. Yapılan başvurular sonrasında AİHM, sadece Refah Partisi'nin kapatılması kararının AİHS'ne uygun olduğu; diğer partilerin kapatılmasına ilişkin kararların ise AİHS'ne aykırı olduğu yönünde karar vermiştir.^[95] FP'nin başvurusu ise başvuruçuların başvurudan

[93] Aydın, "Bölünmez Bütünlük İlkesine Aykırılık," 20.

[94] TBKP, SP, ÖZDEP, RP, HEP, DEP, TSP, FP ve DP.

[95] Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı (Bursa: Ekin Yayınları, 2019), 449.

vazgeçmesi sonrasında düşmüştür. AYM'nin siyasal partilere yönelik kapatma kararları, AİHS'ne uygunluk açısından incelendiğinde, Sözleşmeye aykırı bulunan Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP), Sosyalist Parti (SP), Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP), Halkın Emek Partisi (HEP), Demokrasi Partisi (DEP) ve Sosyalist Türkiye Partisi'nin (STP) kapatılması örnekleri öne çıkmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki AİHM, TBKP, SP, ÖZDEP, HEP, DEP ve STP'nin kapatılma kararlarını, Sözleşmenin 11. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.

Türkiye'de siyasi parti yasaklamalarına ilişkin olarak AİHM'nde görülen ilk dava, *TBKP ve diğerleri/Türkiye* davasıdır.^[96] Davanın ilk olması siyasal partilerin kapatılması hakkında bazı ilke kararlarının hem Komisyon hem de AİHM tarafından ortaya konmasına yol açmıştır. Komisyon, oybirliği ile AİHS'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine, Sözleşmenin 9. ve 10. maddelerinden dolayı ayrı bir sorun bulunmadığına, Sözleşmenin 14. ve 18. maddeleri ile 1 No.lu Protokol'ün 1. ve 3. maddeleri çerçevesindeki şikâyetlerin ayrıca incelenmesinin gerekli olmadığına hükmetmiştir. AİHM de Komisyonun görüşünü benimsemiştir.^[97] Mahkeme, Sözleşmenin örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verildikten sonra, başvuruçuların öne sürdükleri, "Sözleşmenin diğer hükümlerinin ihlal edildiğine yönelik iddiaların" incelenmesine gerek duymamıştır. Mahkeme, düşünce ve vicdan özgürlüğü (m.9), ifade özgürlüğü (m.10), ayrımcılık yasağı (m.14) ile haklar üzerindeki kayıtlamaların kullanılmasının sınırlanması (m.18) iddialarına yönelik olarak herhangi bir karar verilmesinin zorunlu olmadığına hükmetmiştir.

AİHM *Sosyalist Parti ve diğerleri/Türkiye*^[98] kararında, 11. madde kapsamında örgütlenme özgürlüğü bakımından bir ihlal olduğuna karar verildikten sonra, düşünce ve vicdan özgürlüğü (m.9), ifade özgürlüğü (m. 10), ayrımcılık yasağı (m. 14) ve haklar üzerindeki kayıtlamaların kullanılmasının sınırlanması (m.18) gibi özgürlüklere yönelik başvuruçuların şikâyetlerinin aynı olaylara dayanması nedeniyle bu şikâyetlerin ayrıca incelenmesinin

[96] Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58128%22%5D%7D> , Erişim 12.10.2021.

[97] Bkz. *TBKP ve diğerleri/Türkiye*, para. 15.

[98] Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22socialist%20party%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-58172%22%5D%7D> , Erişim 10.06.2021.

gerekmediği sonucuna varılmıştır. Ek 1 No.lu protokoldeki mülkiyetin korunması (m. 1) ve serbest seçimlere hak sahibi olmayı düzenleyen hükümlerin (m.3) davada uygulanması yönündeki istekler ise, 11. maddeye aykırı bulunan SP'nin kapatılmasıyla aynı etkilere sahip olduğu belirtilerek ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.^[99]

ÖZDEP/Türkiye kararında,^[100] AİHM, 11. madde kapsamında yer alan örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiği belirtmesine karşılık, müdahalenin Sözleşmenin düşünce ve vicdan hürriyeti (m.9), ifade özgürlüğü (m. 10) ve ayrımcılık yasağı (m.14) gibi hükümlerini ihlal edip etmediği konularına ilişkin şikâyetleri dikkate almamıştır. Mahkeme, 11. madde kapsamında incelenen hususlar ile ilişkili olduğundan bunların ayrıca incelenmesini gerekli görmemiştir.^[101]

Benzer şekilde, HEP, DEP ve STP davalarında Sözleşmenin 9., 10. ve 14. maddelerinin de ihlal edildiği iddia edilmiş ancak Mahkeme, başvuru konularının aynı olaylara dayanması ve bu olayların Sözleşmenin 11. maddesi bağlamında incelenmesi nedeniyle, söz konusu maddelere yönelik ayrı bir incelemenin yapılmasına gerek görmemiştir. Sözleşmenin 9. 10. ve 14. maddelerinin de ihlal edildiği iddia edilmiş ancak Mahkeme söz konusu iddiaları incelemeye gerek görmemiştir.

Türkiye'den yapılan başvurular bakımından AİHS'ne uygun bulunan tek karar olan *Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye* kararında AİHM, parti yöneticilerinin şiddeti çağrıştıran söylemlerini de dikkate alarak, partinin hedeflerinin demokratik kurallara aykırı olduğu tespitini yapmıştır. Kararda, Refah Partisi'nin İslami kurallara yönelik eylemleri nedeniyle şeriatтан soyutlanmasının mümkün olmadığı görüşü dile getirilmiş; Refah Partisi'nin “*sivil barış ve demokratik rejimi riskli hale getirdiği*” belirtilmiştir. AİHM, Refah Partisi'nin kapatılmasının *zorunlu sosyal ihtiyaçlara cevap verdiği dikkate alındığında, güdülen meşru amaçlarla orantısız olmadığına ve AYM'nin kapatmaya ve bazı parti mensuplarının siyasal haklarının geçici*

[99] *Sosyalist Parti ve diğerleri v Türkiye*, para. 55-57.

[100] Bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Freedom%20and%20Democracy%20Party%20\(%26C3%96ZDEP\)%20v.%20Turkey%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-58372%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Freedom%20and%20Democracy%20Party%20(%26C3%96ZDEP)%20v.%20Turkey%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-58372%22%5D%7D), Erişim 10.06.2021.

[101] *ÖZDEP v Türkiye*, para. 49.

olarak düşürülmesine ilişkin kararında yer verilen gerekçelerin *uygun ve yeterli olduğu* tespitinde bulunarak AİHS'nin 11. maddesinin ihlalinin söz konusu olmadığına hükmetmiştir. Anayurt, söz konusu kapatma kararını AİHM'in iki nedene bağladığı tespitini yapmıştır. Bunlardan birincisi *partinin savunduğu bazı fikirlerin (çok hukukluluk gibi) Avrupa demokrasisine aykırı olduğu*, diğeri ise *ağırlıklı olarak parti mensuplarınca ve yetkili makamlarınca şiddeti övücü ve şiddeti çağrıştıran bir söylemde bulunulmasıdır*.^[102] Kaboğlu ise AİHM kararındaki nedenleri *inanç temelli bir ayrımcılık yaratacak şekilde çok hukuklu bir sistem kurma isteği, şeriatı uygulama isteği ve siyasal yöntem olarak cihada atıfta bulunulmuş olması* olarak sıralamıştır.^[103]

Söz konusu kararlarda AİHM, Anayasa'nın siyasî partilere ilişkin hükümleriyle, Siyasî Partiler Kanunu'nun ilgili maddelerine atıf yapmakla beraber, bu hükümleri eleştiri konusu yapmamış sadece bunların yorumundan ortaya çıkan sonuçları değerlendirerek bunun Sözleşmeye aykırı olduğunu belirlemiştir. Bu konuda Siyasî Partiler Kanunu'nda gereken değişiklikler yapılarak, özellikle kapatılan siyasî partilerin mensuplarının durumlarına açıklık getirilmiştir.

Sonuç olarak, AYM'nin siyasi parti kapatma kararları bakımından AİHM, Sözleşmenin 11. maddesini uygulanacak temel referans norm olarak belirlemiştir. Başvurucuların Sözleşmenin diğer bazı maddelerinin ihlaline ilişkin gerekçelere dayanan talep ve şikâyetleri bakımından ise -siyasi partinin kapatılmasının sonuçlarıyla aynı etkiler doğuracağı gerekçesiyle- aykırılık denetimi yapılmasına gerek duyulmamıştır.

[102] Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*, 536.

[103] İbrahim Ö. Kaboğlu, "Cihat, Refah Partisi'ni kapatma nedeni...", *BirGün*, 20 Temmuz 2017. <https://www.birgun.net/haber/cihat-refah-partisi-ni-kapatma-nedeni-170707>, Erişim 27.03.2022.

SONUÇ

Siyasi parti özgürlüğünün bileşenlerini oluşturan temel hak ve hürriyetler, AİHS'nin 9., 10., ve 11. maddeleri ve 1 No.lu Ek Protokol'ün 3. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Siyasi parti özgürlüğünü kısıtlayıcı mahiyetteki karar ve uygulamaların, anılan güvencelere aykırılık taşıdıkları iddiasıyla AİHM önüne taşınması mümkün olabilmektedir. Siyasi partilerin yasaklanması veya kapatılmasına yönelik uygulamaların, demokratik toplum değerlerine ve çoğulculuğa zarar verdiği kabul edilmekle birlikte, AİHM içtihadına göre ülkenin anayasasına, hukuk düzenine, demokratik toplum değerlerine aykırı şekilde faaliyet gösteren ve şiddet yanlısı olan partilerin kapatılması bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir.

AİHS ile korunan siyasi parti özgürlüğünün sınırları, tarihsel süreçte AİHM içtihadı ile belirlenen kriterler başta olmak üzere, Venedik Komisyonu kriterleri ve AKPM kararı ile getirilen standartlar gibi gelişmelerle şekillenmiştir. Bununla birlikte, söz konusu kriterler arasında birtakım farklılıklar olduğu görülmektedir. Örneğin, AİHM'nin *İslamcı fundamentalizm* ve *nasyonal sosyalizm* gibi fikir akımlarının düşünceden eyleme geçmesi bile, teröre ve şiddete dönüşmesi bile, tolere edilmemesi gerektiğine yönelik yaklaşımı, Venedik kriterlerinde yer verilen terör ve şiddet ön koşulu ile çatışmaktadır. Öte yandan, siyasi partilerin kapatılmasının son çare olması, öncelikle farklı yaptırımlara başvurulması, parti kapatma davalarının tarafsız mahkemelerce yapılan yargılama sonucunda karara bağlanması yönünde ortak bir Avrupa yaklaşımının olduğu gözlemlenmektedir. Son tahlilde, AB ülkeleri bakımından siyasi parti özgürlüğü hususunda uygulamada yeknesaklığın büyük ölçüde sağlandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Türkiye örneği bakımından ise AB ülkeleri ile mukayese edildiğinde siyasi parti kapatma uygulamalarının oldukça yüksek sayıda olduğu söylenebilecektir. Türkiye'de siyasi parti özgürlüğünün Anayasal güvence altına alınmasından önce de sonra da birçok siyasi parti kapatılmıştır. Türkiye'nin AİHM'nin yargı yetkisini kabul ettiği 1989 yılından 2010 yılına kadar da birçok siyasi parti muhtelif gerekçelerle AYM kararıyla kapatılmıştır. AYM'nin siyasi parti kapatma kararlarından dokuzuna ilişkin olarak AİHM'ne başvuru yapılmıştır. Bahse konu başvurular kapsamında AİHM öncelikle 11. madde kapsamında değerlendirme yapmış, söz konusu başvurulardan sadece Refah Partisi'nin kapatılması kararının AİHS'ne uygun olduğu; diğer partilerin kapatılmasına ilişkin kararların ise AİHS'nin 11.

maddesini ihlal ettiği yönünde karar vermiştir. AİHM'nin AYM'nin siyasi parti kapatma kararlarına ilişkin olarak verdiği ihlal kararlarının oransal çokluğu, iç hukukta siyasi parti özgürlüğüne ilişkin mevzuat ve içtihadın AİHS'ne uygunluk yönünden sorunlu olduğunu göstermektedir. Örneğin AYM'nin siyasi parti kapatma kararlarının büyük çoğunluğunun dayanağı olan Anayasa'nın 68/4. maddesi hükmü, AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ile çelişir niteliktedir.

Sonuç olarak, çoğulcu demokratik sistemin sağlıklı işlemesi adına, öncelikle Anayasa'da ve Siyasi Partiler Kanunu'nda siyasi parti yasaklamalarına ilişkin hükümlerin AİHS hükümleri ve AİHM içtihadı perspektifi ile yeniden gözden geçirilerek değiştirilmesi gerektiği aşikardır. İkinci olarak, Anayasa'da ve yasada değişikliğe gidilme bile siyasi partilerin kapatılması istemiyle açılan davalarda AYM'nin AİHM içtihadı paralelinde bir yaklaşım sergilemesi ve mevzuatı bu kapsamda yorumlayarak karar vermesi isabetli olacaktır. HDP'nin kapatılması talebiyle açılan dava, 2022 haziran ayı itibarıyla AYM'nin önündedir. AYM'nin söz konusu kapatma davasına ilişkin olarak sergileyeceği tutum, Türkiye'de siyasi parti özgürlüğüne yaklaşım konusunda bir paradigma değişikliği yaşanıp yaşanmayacağı hususunda ipuçları barındıracaktır.

KAYNAKÇA

- Abdulahkimoğulları, Erdal. “Türkiye’de Siyasi Partilerin Kapatılması Rejimi.” Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi, 2000.
- Albayrak Coşkun, Birce. “Türkiyede Siyasi Parti Kapatma ve Avrupa Örnekleri Parti Kapatmak Demokrasi Tehdidi mi?.” *Memleket Siyaset Yönetim* 3, no. 7 (2008): 138-152.
- Anayurt, Ömer. *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Ağırbaşı, Şennur. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü,” *TBB Dergisi*, no. 101 (*Temmuz-Ağustos, 2012*): 83-102.
- Aydın, Mesut. “Bölünmez Bütünlük İlkesine Aykırılık Nedeniyle Yasaklanan Siyasal Partilerin Yasaklanma Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu.” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 60, no. 2 (2005): 1-27.
- Coşar, Vedat Ahsen. “Siyasi Partilerin Yasaklanması ile İlgili Venedik Kriterleri”. *Ankara Barosu Dergisi* 67, no. 2 (Bahar, 2009): 123-126.
- Çelikyay, Hakan Sabri ve Rengül Ekizceleroğlu. “Türkiye’de Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminde Son Dönemde Yaşanan Gelişmeler.” *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 6, no. 5 (2017): 102-109.
- Dinler, Veysel. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Partiler.” Yüksek Lisans Tezi, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.
- Doğan, İlyas. *İnsan Hakları Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Astana Yayınları, 2019.
- Erdoğan, Mustafa. “AİHM’nin RP Kararının Düşündürdükleri.” *Liberal Düşünce Dergisi*, no. 23 (2001): 41-50.

- Gordon, Dan. "Limits on Extremist Political Parties: A Comparison of Israeli Jurisprudence with that of the United States and West Germany." *Hastings International & Comparative Law Review*, no. 87 (1987): 347-400.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. 3. Baskı. Bursa: Ekin Yayınları, 2019.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. 4. Baskı. Bursa: Ekin Yayınları, 2021.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı*. 13. Baskı. Bursa: Ekin Yayınları, 2021.
- Gül, Cengiz ve Seher Çakan. "AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması." *ERÜHFD* 13, no. 1 (2018): 365-410.
- Hazar, Zeynep. "Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme." *YBHD* 3, no. 1 (2018): 73-106.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. "Cihat, Refah Partisi'ni kapatma nedeni..." *BirGün*, 20 Temmuz 2022. <https://www.birgun.net/haber/cihat-refah-partisi-ni-kapatma-nedeni-170707>, Erişim 27.04.2022.
- Keskin, Yusuf Ziya. "12 Eylül Ara Rejimi Döneminde Türkiye'de Siyasi Gelişmeler (1980-1983)." *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, (Sonbahar, 2020): 703-724.
- Keskinsoy, Ömer. *Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku*. Güncellenmiş 5. Baskı. Ankara: Monopol Yayınları, 2021.
- Sağlam, Fazıl. "Siyasal Parti Özgürlüğü." İçinde *Cogito İnsan Hakları*. Ed. Korkut Tankuter, 195-209. İstanbul: YKY, 2000.
- Sağlam, Fazıl. "Siyasi Partiler Kanunu'nda Uluslararası Standartlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler." *Anayasa Yargısı* 17, (2000).
- Sawyer, Katherine A. "Rejection of Weimarian Politics or Betrayal of Democracy?: Spain's Proscription of Batasuna under the European Convention on Human Rights." *American University Law Review* 52, no. 3, (2003): 1531-1581.

- Şahin, Adil. “İnsan Hakları Hukukunda Siyasal Parti Özgürlüğü ya da AİHM’nin 30 Haziran 2009 Tarihli “Batasuna Kararı”nı Yeniden Düşünmek.” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 65, no. 1, (2010): 135-174.
- Tezcan, Durmuş, M. Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2002.
- Türmen, Rıza. “AİHM’nin Herri Batasuna kararı ve Türkiye.” *Milliyet*. <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/riza-turmen/aihm-nin-herri-batasuna-karari-ve-turkiye-1113582>, Erişim tarihi: 11.05.2021.
- Uygun, Oktay. “Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi.” *Anayasa Yargısı* 17, (2000).
- Ünal, Şeref. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*. 2. baskı Ankara: TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 2001.
- Yıldırım, Serkan Nebi. *Bir Siyasi Hak Olarak Seçme Hakkının Niteliği*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

İnternet Kaynakları:

- AİHM, “Guide on Article 11 of the European Convention on Human Rights.” [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2532020135221TOPLANTI%20VE%20DERNEK%20KURMA%20%C3%96ZG%20C3%9CRL%20C3%9C%20\(11.%20MADDE\)%20REHBER%C4%B0.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2532020135221TOPLANTI%20VE%20DERNEK%20KURMA%20%C3%96ZG%20C3%9CRL%20C3%9C%20(11.%20MADDE)%20REHBER%C4%B0.pdf), Erişim tarihi: 1 Şubat 2022.
- AİHM, “Nefret Söylemi Kararları.” https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_TUR.pdf, Erişim tarihi: 5 Ocak 2022.
- AYM, “Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi.” Erişim 5 Mart 2022. https://www.anayasa.gov.tr/media/4928/kd_09.pdf,
- Danish Political Parties, Erişim 3 Şubat 2022. <https://www.thedanishparliament.dk/en/political-parties>.

- Denmark's Constitution of 1953, Erişim 9 Ocak 2022. https://www.constituteproject.org/constitution/Denmark_1953.pdf.
- European court of human rights, “Case of féret v. Belgium”, Erişim 9 Şubat 2022. <http://merlin.obs.coe.int/article/4993>.
- Finlandiya Yüksek Mahkemesinin Neo-Nazi İskandinav Direniş Hareketi (NRM). <https://korkeinoikeus.fi/en/index/ennakkopaatokset/shortsummariesofselectedprecedentsinenglish/2020/kko.html>. Erişim tarihi: 31 Ocak 2022.
- Guesdes Armando M. Marquez. Portekiz Anayasa Mahkemesi, Erişim 7 Mart 2022. <https://anayasa.gov.tr/media/4822/armando.pdf>.
- National Front of Belgium, Erişim 19 Ocak 2022. https://historica.fandom.com/wiki/National_Front_of_Belgium.
- Kerestecioğlu Demir v Türkiye, 31 Ocak 2022. <https://anayasagundemi.files.wordpress.com/2021/05/kerestecioglu-demir-v.-turkiye-basvurusu.pdf>,
- TBMM, “Meclis Bülteni”, Erişim 19 Ocak 2022. https://www.tbmm.gov.tr/eyayin/GAZETELER/WEB/MECLIS%20BULTENI/2469_2008_0000_0143_0000/0012.pdf.
- TBMM, “Venedik Komisyonu Raporu”, Erişim 27 Ocak 2022. https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/venedik_komisyonu.pdf.
- TESAV, “Cumhuriyet Döneminde Kurulan ve Kapanan Siyasi Partiler”, Erişim 8 Ocak 2022. http://www.tesav.org.tr/wp-content/uploads/2017/03/3.1923ten_Bu_Yana_Kurulan_ve_Kapatilan_Siyasi_Partiler.pdf,
- TESEV, “Venedik Komisyonu'nun Türkiye'de Siyasi Partilerin Yasaklanmasına İlişkin Anayasal ve Yasal Hükümlere Dair Görüşü”, https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/rapor_Venedik_Komisyonu_Turkiye_Raporu.pdf. Erişim tarihi: 3 Şubat 2022.

Kararlar:

- AİHM, Feret/Belgium, B. No. 15615/07, 10/12/2009.
- AİHM, Gülcü/Türkiye, B. No. 17526/10, 19/01/2016.
- AİHM, Herri Batasuna ve Batasuna/Spain, B. No. 25803/04 ve 25817/04, 30/06/2009.
- AİHM, Kerestecioğlu Demir/Türkiye, B. No. 68136/16, 04/05/2021.
- AİHM, Kommunistische Partei Deutschlands/Germany, B. No. 250/57, 20/07/1957.
- AİHM, Leyla Şahin/Türkiye, B. No. 44774/98, 10/11/2005
- AİHM, Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye, B. No. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 12/02/2003.
- AİHM, Piermont/France, B. No. 15773/89; 15774/89, 27/04/1995.
- AİHM, ÖZDEP/Türkiye, B. No. 23885/94, 08/12/1999.
- AİHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye, B. No. 133/1996/ 752/ 951, 30/01/1998.
- AİHM, Sosyalist Türkiye Partisi ve diğerleri/Türkiye, B. No. 26482/95, 12/11/2003.
- AİHM, Rusya Cumhuriyet Partisi/Rusya, B. No. 12976/07, 12/04/2011.
- KOMİSYON, Jurasienne/İsviçre, B. No. 8191/78, 10/10/1979.

Delegasyoncu Demokrasiden Yarışmacı Otoriterizme; Türk Demokrasisinin “Sıfatlı Demokrasiler” ve “Sıfatlı Otoriter Rejimler” Arasındaki Yeri

Muhammet Derviş METE*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Doktora öğrencisi, Edinburgh Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı. (s1958343@ed.ac.uk) **ORCID ID:** [0000-0003-2065-7117](https://orcid.org/0000-0003-2065-7117)

Makale geliş tarihi: 10 Ağustos 2021 **Makale kabul tarihi:** 29 Mayıs 2022

Atıf önerisi: Mete, Muhammet Derviş. “Delegasyoncu Demokrasiden Yarışmacı Otoriterizme; Türk Demokrasisinin ‘Sıfatlı Demokrasiler’ ve ‘Sıfatlı Otoriter Regimler’ Arasındaki Yeri.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 3 (Temmuz 2022): 103-140. **DOI:** [10.30915/abd.1159140](https://doi.org/10.30915/abd.1159140)

DELEGASYONCU DEMOKRASİDEN YARIŞMACI OTORİTERİZME; TÜRK DEMOKRASİSİNİN “SIFATLI DEMOKRASİLER” VE “SIFATLI OTORİTER REJİMLER” ARASINDAKİ YERİ

ÖZ

Demokrasi standartlarında ve kalitesinde her geçen gün global düzeyde bir erozyon yaşanmakta. Şüphesiz bu durum Türkiye’de de kendisini göstermekte. Aldığı ciddi eleştirilere rağmen, Türk demokrasisinin dünya demokrasileri arasındaki yerine ilişkin yapılan çalışmalar oldukça sınırlı düzeydedir. Türk demokrasisi, uzunca bir süre kendisine delegasyoncu demokrasiler arasında yer bulmakta idi. Bir “sıfatlı demokrasi” olan delegasyoncu demokrasi, pekişmemiş ve kurumsallaşmayı başaramamış demokrasilerdir. Çoğunlukçu demokrasinin bariz bir örneğidir. Öte yandan yarışmacı otoriterizmde ise bir yarış söz konusudur. Yarışma gerçektir ancak adil değildir. Bu eşitsiz ortama rağmen yine de seçimlerin kaybedilme riski vardır. Bu yönüyle yarışmacı otoriterizm, otoriter rejimlerden ayrılır. Bu çalışmada Türkiye’nin delegasyoncu demokrasi ve yarışmacı otoriterizm sarkaçları arasındaki salınımını irdelemeyi planlıyoruz.

Anahtar kelimeler:

sıfatlı demokrasiler

demokratik standart

delegasyoncu demokrasi

yarışmacı otoriterizm

Türk usulü başkanlık sistemi

**FROM DELEGATIVE DEMOCRACY TO COMPETITIVE
AUTHORITARISM; THE PLACE OF TURKISH DEMOCRACY
BETWEEN “DEMOCRACY WITH ADJECTIVES” AND
“AUTHORITARIAN REGIMES WITH ADJECTIVES”**

ABSTRACT

There is a global erosion in the standards and quality of democracy. Regrettably and undoubtedly, this situation shows itself in Turkey as well. Despite the severe criticisms that Turkish democracy has received, studies on the place of Turkish democracy among world democracies are limited. Turkish democracy was considered to be a delegative democracy in the sense that it has not been consolidated and has failed to become institutionalized. It is an evident example of majoritarian democracy. On the other hand, there is competition when it comes to Competitive Authoritarianism. Yet, the competition is real but not fair in these regimes. Despite this uneven playing field, there is still a risk of losing elections for the government, which differs from authoritarian regimes in this respect. In this study, we plan to examine Turkey’s oscillation between the pendulums of delegative democracy and competitive authoritarianism.

Keywords:

democracy with adjectives

democratic standard

delegative democracy

competitive authoritarianism

Turkish style presidential system

GİRİŞ

Günümüz Türkiye'si şartlarının, özellikle anayasa ve idare hukukuna ilişkin çalışmaları güçleştirmekle kalmadığı, bunun doğal sonucu olarak bu alanlarda çalışma yapan kişilerin şevklerinin kırıldığı iddiaları gün geçtikçe daha sesli bir şekilde dile getirilmektedir. Kemal Gözler son dönemde kaleme aldığı makalelerde bu soruna dikkat çekmekte ve hukuk normlarının doğru ve yeterli bir şekilde uygulanmadığı ve değerini yitirdiği bir atmosferde, bu normların varlığından bahsedilip bahsedilemeyeceği tartışmasına girmektedir.^[1] İddialarını ve umutsuzluğunu daha da ileriye taşıyan yazar^[2], başta Anayasa Mahkemesi (AYM) olmak üzere, mahkemelerin hangi yönde karar vereceklerinin Anayasa hukukçuları yerine gazeteciler ve diğer meslek erbaplarınınca daha doğru bir şekilde öngörülebileceğini iddia etmekte ve bu nedenle anayasa hukuku çalışma düşüncesi içerisinde olanların sair mesleklerle yönelmeleri gerektiği yönünde salık vermektedir. Gözler ve Kaboğlu, yaşanan bu süreci "anayasasızlaştırma" olarak tanımlamaktadırlar.^[3]

Hukuk ve demokrasi standartlarında meydana gelen gerilemenin sebep olduğu bu kötümser tabloya rağmen, hukukçuların elde edilen sonuçlardan bağımsız olarak çalışmalarına devam etme yükümlülükleri vardır. Bu bağlamda, çalışmamızda Gözler'in ve birçok hukukçunun işaret ettiği problemlerden biri olan "kurumsallaşmanın yerini kişiselleşmenin alması" konusuna eğilerek, ülkemizin sıfatlı demokrasiler arasındaki yerini tartışmayı amaçlıyoruz. Şüphesiz demokrasinin kalitesini yorumlamak anlamına gelen

[1] Kemal Gözler, "1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme," *Kemal Gözler* (blog) 30 Mayıs 2016. <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>

[2] "Artık hukuk bilimiyle uğraşmak, havanda su dövmek veya meleklerin cinsiyetini tartışmak misali işe yaramaz bir faaliyet hâline geldi. Muhtemelen bu nedenle günümüzde anayasa ve idare hukukçuları derin bir ümitsizlik içindeler. Uzmanlık alanlarının aslında bir işe yaramadığını görüyorlar ve ömürlerini boş bir işe adadıklarından dolayı da pişmanlar. Neticede üniversitelerimizin anayasa ve idare hukuku anabilim dalları, bütün motivasyonlarını yitirmiş, mesleklerine yabancılaşmış, mutsuz insanlar topluluğu hâline dönüştü. Bu sebeple meslektaşlarımız çalışma isteği ve enerjisi bulamıyorlar." Kemal Gözler, "Hukuk Nereye Gidiyor? Gözlemler ve Sorular", *Anayasa Hukuku Dergisi* 7, no.14 (2018): 563-568.

[3] İbrahim Ö. Kaboğlu, *15 Temmuz Anayasası*, 1. Baskı (İstanbul: Tekin Yayınevi, 2017), 3.

bu girişim, demokrasinin kalitesini belirleyen tüm parametreleri tüketici bir biçimde incelemeyi amaçlamamaktadır. Nitekim böyle bir amaç, bu çapta bir eser için rasyonel değildir. Öte yandan Türkiye demokrasisinin sancılarına ilişkin yapılan çalışmaların sayısı, kapsamı ve Özbudun'un ifadesiyle “*bu konuda güneşin altında yeni bir söz söylemenin imkânsızlığı*” da dikkate alındığında, yapılan bu çalışmaların özgünlüğüne ilişkin soru işaretleri de beraberinde gelmektedir.^[4] Ancak bu risklere rağmen, özellikle Türk Usulü Başkanlık Sistemi'ne geçilmesi sonrası ortaya çıkan uygulamalar ve demokrasimizin sınıflandırılmasında ortaya konan ileri demokrasi-otoriter rejim söylemleri, demokrasimizin sıfatlı demokrasiler arasındaki yerini yeniden tartışmamız gerektiği sonucuna bizi götürmektedir.

Bu makalede öncelikle hukuk ve demokrasi standartlarındaki düşüşün sadece ülkemizde mi gözlemlendiği yoksa global anlamda genel bir standart erozyonunun mu yaşandığı sorusu üzerinde duracağız. Bununla birlikte “sıfatlı demokrasiler” kavramını açıklayacağız ve literatürde en bilinen sıfatlı demokrasi türlerini ismen zikredeceğiz. Akabinde, liberal demokrasiler ile otoriter-totaliter rejimler arasında kendilerine yer bulan, bir başka ifadeyle “gri alan” içerisinde yer alan demokrasileri birbirinden net bir şekilde ayırmanın mümkün olmaması nedeniyle, Türk demokrasisinin yerinin bu gri alan spektrumu içerisinde yaklaşık olarak nereye düştüğünü incelemeyi amaçlamaktayız.

Özellikle 2017 başkanlık sistemi referandumu sonrası benimsenen yeni rejimle birlikte bir kesim, Türk demokrasisinin yine bir sıfatlı demokrasi olan “ileri demokrasi”^[5] olma yolunda ilerlediği iddiasında iken^[6]; bir başka kesim mevcut sistemi otoriterleşmenin en büyük sebebi olarak görmekte ve Türk demokrasisini liberal olmayan demokrasi, kurumsallıktan uzak ve tek kişi egemenliğine dayanan “delegasyoncu demokrasi” yahut son dönemde daha fazla dillendirilmeye başlanan “yarışmacı otoriterizm” olarak

[4] Ergun Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 2. Baskı, (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015), 9.

[5] Başak Alpan, “From AKP’s ‘Conservative Democracy’ to ‘Advanced Democracy’: Shifts and Challenges in the Debate on Europe,” *South European Society and Politics* 21, no. 1 (2016): 15.

[6] Serdar Gülener and Nebi Miş, “Constitutional Framework of Executive Presidency in Turkey,” *SETA* 29, no.1 (2017): 12.

nitelendirmektedir. Dolayısıyla sıfatlı demokrasi kavramının açıklanmasını müteakip, önce “delegasyoncu demokrasi” ardından da “yarışmacı otoriterizm” kavramları üzerinde duracağız. Uzun bir süre delegasyoncu demokrasi sınıfına dahil edilen Türk demokrasisinin, ne yazık ki artık delegasyoncu demokrasi olarak dahi tanımlanamayacağı, artan otoriterleşme eğilimi nedeniyle mevcut rejimi yarışmacı otoriter rejim olarak tanımlamanın daha doğru olacağı argümanını ileri süreceğiz.

I. GLOBAL ÖLÇEKTE DEMOKRASİ EROZYONU

Yaklaşık son on yıldır demokrasimizin bir gerileme dönemi içerisinde geçtiği gerçeği bir sır olmamakla birlikte bu olgu, dereceleri farklı olmakla beraber birçok ülkede görülmektedir.^[7] Freedom House, “Demokrasiden Vazgeçme: Demir Yumruğa Dönüş” isimli raporunda bu probleme dikkat çekmekte ve demokrasinin dünya genelindeki gerilemesine işaret etmektedir.^[8] Raporda özetle son on yıllarda otoriter rejimlerin iktidarlarını sürdürdürebilmek amacıyla daha modern ve nüanslı yöntemleri tercih ederek, bir yandan da demokratik plüralizm cilasını korumaları ve 20. Yüzyılın totaliter rejimlerinin ve askeri diktatörlerinin uygulamalarından kaçınmaları vurgulanmıştır. Raporun dikkat çekici yanı, son yıllarda otoriter rejimlerin “demokrasi-benzeri kamufflajı” terk etmeye başladıkları tespitidir.^[9] Benzer şekilde The Economist Intelligence Unit, 2017 Demokrasi Endeksi’ne göre dünyanın hiçbir bölgesi demokrasi açısından bir önceki yıla göre bir ilerleme kaydedememiştir.^[10] Daha güncel raporunda ise dünyanın yaklaşık yüzde 70

[7] Kemal Gözler, “Demokrasi Nereye Gidiyor? Nerede Hata Yaptık?,” *Anayasa Hukuku Dergisi* 7, no.14 (2018): 563-568.

[8] “Freedom in the World 2015: Discarding Democracy: Return to the Iron Fist,” Freedom House, erişim 17 Mart 2022, www.freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2015, 1-2.

[9] Raporun “A more explicit rejection of democratic standards” başlıklı bölümünde demokratik standartların artık göz göre göre düşürüldüğüne işaret edilmektedir.

[10] “EIU Democracy Index 2017,” erişim 1 Ocak 2019, <https://infographics.economist.com/2018/DemocracyIndex/>.

inin, demokrasi kalitesi açısından bir gerileme yaşadığı ve en düşük seviyeye ulaştığı ifade edilmektedir.^[11]

Endekse göre siyasi rejimler; tam demokrasi, arızalı demokrasi, hibrid rejim ve otoriter rejim olmak üzere dört gruba ayrılıyor. Başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere birçok ülke “tam demokrasi” statüsünü kaybedip “arızalı rejimler” grubunda kendilerine yer bulabildiler. Bir önceki yıl ile mukayese edildiğinde 89 ülkenin demokrasi notunda düşüş gerçekleşmiş olup, bu eğilim artarak günümüzde de devam etmektedir.^[12]

Soğuk savaş sonrası dönemde demokrasilerin en büyük düşmanı askeri rejimlerdi. Meşru seçimlerle ülke yönetimini devralmış politik figürler, askerin silahı karşısında korumasız pozisyondaydılar. 21. Yüzyılda artık tankları sokaklarda nadiren görmekteyiz. Demokratik erozyon artık askeri müdahalelerle değil doğrudan seçilen kişiler eliyle gerçekleştirilmekte. Popülist ve karizmatik liderler seçildikten sonra, önce seçim sistemini manipüle etmekte, ardından kritik kurumları ele geçirip muktedir olmakta, daha sonra ise demokrasiyi rafa kaldırmaktalar. Huntington ve O’Donnell dikkatimizi “demokrasinin yavaş ölümü” ne^[13] çekerek, üçüncü dalga demokrasilerde sorunun darbe değil demokrasinin erozyonundan kaynaklandığını, demokrasinin önderlik etmek üzere seçilenler tarafından aralıklı veya kademeli olarak zayıflatılmasının esas problem teşkil ettiğini ifade etmektedirler.^[14] Levitsky ve Ziblatt bu yöntemin belki daha az dramatik görüldüğünü, ancak askeri müdahaleler kadar “etkili ve yıkıcı” sonuçlara sebebiyet verdiğini ifade

[11] “EIU Democracy Index 2020,” erişim 13.02.2022, <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2020/>

[12] “EIU Democracy Index 2017,” erişim 1 Ocak 2019, <https://infographics.economist.com/2018/DemocracyIndex/>. 2-3.

[13] Guillermo O’Donnell, “Do Economists Know Best?” *Journal of Democracy* 6, no. 1 (1995): 27.

[14] Samuel Huntington, “Democracy for the Long Haul,” *Journal of Democracy* 7, no. 2 (1996): 9.

etmektedirler.^[15] Yazarların ifadesiyle, demokrasiler artık generallerin değil, seçilmiş liderlerin ellerinde hayata göz yummaktadır.^[16]

Global ölçekte baktığımızda Amerika Birleşik Devletleri'nde Trump yönetiminin çoğunlukçu demokrasi anlayışını yansıtan tutumu, benzer şekilde küresel mali kriz ve göçmen krizi neticesinde Avrupa Birliği üye ülkelerinde ırkçı ve aşırı sağcı görüşlerin çok daha güçlü bir şekilde dillendirilmeleri ve bu görüşlerin kendilerine üye devlet parlamentolarında daha fazla yer bulabilmesi^[17] göstermektedir ki demokrasi standardı yüksek olan bölgeler dahi demokrasi algısı ve standartlarına ilişkin problemlerle yaklaşım sergileyebilmektedir. Levitsky ve Ziblatt, *Demokrasi Nasıl Öldü* isimli kitabında bugüne kadar demokrasi standartları düşük olan ülkelerin problemleriyle ilgilendiklerini, ancak artık sıranın Amerika Birleşik Devletleri'ne geldiğini ifade etmektedirler.^[18] Yazarlara göre, Amerikalı politikacılar, politik rakiplerini artık düşman olarak görmekte, özgür basın üzerinde tahakküm oluşturma çabası içerisine girmekte ve seçim sonuçlarını kabul etmemekle tehdit etmekte olduklarını iddia etmektedirler.

Avrupa Birliği'nde de durum farklı değildir. Özellikle bazı orta ve doğu Avrupa ülkelerinin yaşamış oldukları demokratik erozyon yüksek sesle dile getirilmeye başlanmış ve bu ülkelerin AB üyesi ülke payesini hak etmedikleri şeklindeki eleştiriler daha fazla görünür hale gelmiştir.^[19] Örneğin, Macaristan ve Polonya'da son birkaç yıl içerisinde gerçekleşen olaylara bakıldığında dahi problemin ne derece ciddiyet arz ettiği anlaşılacaktır. Temmuz 2018'de

[15] Steven Levitsky and Danial Ziblatt, *How Democracies Die*, (Crown Publishing, 2018), 9.

[16] Levitsky and Ziblatt, *How Democracies Die*, 9.

[17] Belirtmek gerekir ki ırkçı profiller sadece üye devletlerin meclislerinde kendilerine yer bulmakla kalmamaktadır. 2019 Mayıs Avrupa Parlamentosu seçimlerine dair yapılan tahminlere göre, Avrupa Birliği tarihinde ilk defa parlamentoda aşırı sağcı grupların 2. büyük grup olma payesine ulaşacakları tahmin edilmekte idi. Nitekim Avrupa Parlamentosu seçimleri, tahminleri haklı çıkarır nitelikte bir kompozisyonla sonuçlanmıştır.

[18] Levitsky and Ziblatt, *How Democracies Die*, 8.

[19] Patrick Smith, "How the EU is struggling to contain its 'illiberal' democracies," *News*, 21 Ekim 2021, <https://www.nbcnews.com/news/world/european-union-battling-poland-hungary-illiberal-policies-rcna2888>

Polonya Yüksek Mahkeme'sinin üyelerinde değişiklik yapmak amacıyla Polonya hükümeti, emeklilik yaşını 70'ten 65'e düşürmek suretiyle 27 yüksek mahkeme yargıcını zorunlu emekliliğe sevk etme yoluna gitmiştir.^[20] Polonya hükümeti yalnızca emekliye ayrılan yargıçların yerini doldurmakla kalmamış, yüksek mahkeme yargıç sayısını 120'ye çıkarmakla mahkemenin kompozisyonunu ciddi şekilde değiştirmiş ve bu sayede yargıçların üçte ikisini doğrudan atama imkânı bulmuştur. Aralık 2018'de ise Macaristan'da 576 adet yazılı ve görsel medya unsurlarının bir konsorsiyum kurulmak suretiyle Victor Orbon hükümetinin hizmetine sunulduğu iddia edilmiştir.^[21]

Demokratik erozyon denildiğinde belki de akla ilk Latin Amerika ülkeleri gelmektedir. Her ne kadar bu ülkelerde demokrasi kültürü, kuzey Amerika ülkeleri kadar gelişmiş olmasa da, bu ülkelerin de uzun yıllar neticesinde elde ettikleri birikimleri son yıllarda hızla tükettikleri ve otoriterleşme yönünde hızlı adımlarla ilerledikleri bir gerçektir. Örneğin, Venezuela'nın son 20 yılda geriye doğru kat ettiği mesafe dikkate değerdir. Bu süreçte Venezuela, hem canlı demokrasinin özelliklerine hem de sıfatlı demokrasi ve sıfatlı otokrazi alt tiplerine sahiptir.^[22] Lührmann ve Lindberg'e göre, üçüncü dalgadaki 33 demokratik erozyon vakası arasında, rejimin bozulmasının liberal demokrasi-den otokraziye kadar tüm rejim alt tiplerini içerdiği tek vaka Venezueladır.^[23] Benzer bir şekilde, Coppedges, Venezuela'yı ideal bir tip olarak görmekte ve "Venezuela'dan bahsetmeden demokrasinin beklenmedik bir şekilde erozyona uğraması veya geriye gitmesi hakkında bir tartışma yapmanın zor olduğunu" belirtmektedir.^[24] Benzer şekilde Landau, iktidarın başkanlıkta

[20] Christian Davies, "Poland's Supreme Court Constitutional Crisis Approaches a Standoff," *The Guardian*, 2 Temmuz 2018, <https://www.theguardian.com/world/2018/jul/02/polands-supreme-court-constitutional-crisis-comes-to-a-head>.

[21] Patrick Kingsley, "Orban and His Allies Cement Control of Hungary's News Media," *The New York Times*, 30 Kasım 2018, <https://www.nytimes.com/2018/11/29/world/europe/hungary-orban-media.html>.

[22] Nicole Curato, "Participation without Deliberation The Crisis of Venezuelan Democracy," *Democratic Theory* 1 no. 2 (2014): 113.

[23] Anna Lührmann and Staffan Lindberg, "A Third Wave of Autocratization Is Here: What Is New About It?," *Democratisation* 26, no. 7 (2019): 1101.

[24] Michael Coppedge, "Eroding Regimes: What, Where, and When?" *V-Dem Working Paper* no. 57, <https://ssrn.com/abstract=3066677> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn>.

toplanması ve yatay hesap verilebilirlik mekanizmalarının eksikliği nedeniyle, bu ülkenin Chavez ve halefi Maduro gibi popülist figürlerin önderlik ettiği demokratik anayasacılığın küresel krizi için en kötü durum senaryosuna iyi bir örnek teşkil ettiğini gözlemlemekte.^[25]

Bu örnekler göstermektedir ki global ölçekte demokrasi standartlarında bir kalite sorunu yaşanmaktadır. Bu aşamada, yaşanan bu kalite sorununun Huntington’un demokrasi dalgaları tezine atıfla, “Demokrasi’nin 3. Dalgası” evresinin tamamlanıp akabinde bir ters dalga dönemine geçip geçmediğimiz tartışmasına girilebilir. Şüphesiz böyle bir çıkarım yapmak ve bu sonuca varmak bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ancak yine de demokrasi standartlarının dönemsel olarak yükselip düştüğünü ve bu durumun yerel faktörlerden ziyade global parametrelerin etkileri neticesinde ortaya çıktığı iddiasında bulunan Huntington’un demokrasi Dalgaları isimli tezine, konuyla doğrudan ilgisi olması nedeniyle kısaca değinmekte fayda var. Özbudun’un “Üçüncü Dalga: Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma” ismiyle çevirmiş olduğu eserinde yazar, demokrasinin üç dalga dönemi olduğunu ve her dalganın akabinde bir geri çekiliş-ters dalga evresi yaşandığını ifade etmektedir.^[26]

Yazara göre 19. Yüzyılın ilk yarısından birinci dünya savaşının sonlarına kadarki süreç demokrasinin yayıldığı dönemdir. Akabinde dünyayı ikinci bir savaşa hazırlayan, ırkçı söylemlerin hâkim olduğu ve 2. dünya savaşının neticelenmesi ile birlikte sona eren yaklaşık 20 yıllık bir geri çekiliş süreci söz konusudur. Bu ters dalgayı yeni bir dalga izlemiştir. “Anayasa salgını” olarak da adlandırılan ikinci demokrasi dalgası, ikinci dünya savaşını müteakip başlamış ve 1960’lara kadar varlığını sürdürmüştür. Bu dönemi yine bir başka ters dalga devri izlemiştir. 3. Demokrasi dalgası ise 1970’lerin sonuna doğru başlamış; Berlin duvarının yıkılması, akabinde Sovyetler

[3066677](#): (2017): 21.

[25] David Landau, “Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela: The First Time as Tragedy, the Second as Farce,” in *Constitutional Democracy in Crisis?* ed Mark A. Graber, Sanford Levinson, Mark Tushnet (2018), 162.

[26] Samuel P. Huntington, *Üçüncü Dalga / 20. Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, çev. Ergun Özbudun (Ankara: Kıta Yayınları, 2007), 7.

Birliği'nin çöküşü ve yeni cumhuriyet rejimlerinin ve yeni demokrasilerin ortaya çıkmasıyla ivme kazanmıştır.^[27]

Öğretide birçok yazar 11 Eylül 2001 saldırıları neticesinde dünyanın yeniden bir ters demokrasi dalgasıyla karşı karşıya olduğunu ve bu dalga-
nın da henüz durulmadığını dile getirmekteler. Gözler'e göre milenyumun
başlarından itibaren gerek Türkiye'de gerekse dünyada mevcut demokrasi
dalgasının tükendiği ve 2010'lardan itibaren global ölçekte bir "ters dalga-
nın" başladığı ileri sürülmektedir.^[28] Bu ters dalga-
nın ne zaman durulacağı ve yeni
bir dalga-
nın ortaya çıkıp çıkmayacağını öngörmek oldukça zordur. Ancak
denilebilir ki demokrasi dalgaları neticesinde, standartları farklı onlarca farklı
demokrasi türleri ortaya çıkmıştır. Gri alan içerisinde yer alan bu rejimler,
taşıdıkları özellikler nedeniyle demokrasi spektrumu içerisinde çok farklı
adlarla anılabilmektedirler. Melez yapılar incelenirken, Özbudun'un ifadesiyle
grinin de çok çeşitli tonlarının olduğu unutulmamalıdır.^[29]

II. SIFATLI DEMOKRASİLER (*DEMOCRACY WITH ADJECTIVES*)

Yaklaşık otuz yıldır siyaset bilimciler melez rejimler üzerinde kayda değer
çalışmalar yapmaktalar. Bahsi geçen melez yapılara ilişkin en genel ve akılda
kalıcı nitelendirme David Collier ve Steven Levitsky tarafından yapılmıştır.^[30]
Yazarlar, melez rejimleri ifade etmek amacıyla "sıfatlı demokrasi" ifadesini
kullanmayı tercih etmişlerdir. Yapılan bu çalışmada, toplamda 550 adet sıfatlı
demokrasi tespit edilmiştir.^[31] Bu rejimlere; "melez rejimler (*hybrid regi-
mes*)", "yarı-demokrasiler (*semi-democracies*)", "kırılgan demokrasiler (*fragile
democracies*)", "pekişmemiş demokrasiler (*unconsolidated democracies*)^[32]",
"sözde demokrasiler (*pseudo democracies*)", "eksik demokrasiler (*defective*

[27] Huntington, *Üçüncü Dalga*, 24.

[28] Gözler, "Demokrasi Nereye Gidiyor."

[29] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 122.

[30] David Collier and Steven Levitsky, "Democracy with Adjectives: Conceptual
Innovation in Comparative Research," *World Politics* 49, no. 3 (1996).

[31] Collier and Levitsky, "Democracy with Adjectives," 431.

[32] Demokrasinin konsolidasyonuna ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkn. Juan J. Linz
and Alfred Stepan, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern*

democracies"), "göstermelik demokrasiler (*façade democracies*)", "seçimsel demokrasiler (*electoral democracies*)", "liberal olmayan demokrasiler (*illiberal democracies*)", "hayali demokrasiler (*phantom democracies*)", "güya demokrasiler (*sham democracies*)", "oligarşik demokrasiler (*oligarchical democracies*)", "kontrollü demokrasiler (*controlled democracies*)", "kusurlu demokrasiler (*imperfect democracies*)", "modern otoriterizm (*modern authoritarianism*)", "delegasyoncu demokrasiler (*delegative democracies*)", "yarışmacı otoriterizm (*competitive authoritarianism*)" örnek gösterilebilir.

Yazarlar bu çalışmalarında sıfatlı demokrasileri kategorize ederken belli başlı parametreleri göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin seçimlerin serbestçe yapılabilmesi şartını tam olarak sağlamayan ve bu yönden kusurlu bulunan sıfatlı demokrasilerden olan – "göstermelik ve hayali demokrasiler (*façade ve phandom democracies*)" - bu grup içerisinde kendilerine yer bulmaktadırlar. Yahut partilerin seçimlerde yarışması unsuru açısından problemlili rejimler ise rekabet başlığı altında (*full contestation*) kategorize edilir. "Fiili tek parti demokrasisi (*De facto one-party democracy*)" rekabetin yoksun olduğu sıfatlı demokrasilere örnek gösterilebilir. Benzer şekilde seçimin çok fazla anlam ifade ettiği ancak medeni haklara ilişkin yeterli güvencelerin sağlanmadığı durumlara örnek teşkil etmesi açısından seçimli demokrasi (*electoral democracy*), medeni haklar başlığı altında (*civil liberties*) kendisine yer bulabilmiştir. Etkili yönetim mekanizmalarına sahip olamayan ve kimilerince iktidarda oldukları halde muktedir olamayan hükümetler şeklinde adlandırılan yönetimlere; askeri demokrasi (*military democracy*) ve vesayet demokrasisi (*tutelary democracy*) örnek olarak verilmektedir. Bu demokrasiler, yazarlar tarafından "etkili yönetim mekanizmalarına sahip olma" kriterini sağlayamayan rejimler başlığı altında değerlendirilmektedir. Örnekleri çoğaltmak mümkün. Ancak bu aşamada dikkat edilmesi gereken husus, bu rejimlerin birbirleri ile ortak birçok yönü olduğu ve ele alınan herhangi bir rejimin bu 550 sıfatlı demokrasinin aynı anda birkaçının özelliklerine sahip olabileceğidir.

Öte yandan ilk bakışta sıfatlı demokrasilerin, normal bir demokrasi olmayı başaramadıkları için ve eksik yanları ihtiva ettiklerinden ötürü sıfatlara maruz kaldıkları düşünülse de, yazarlar olması gereken/çağdaş demokrasileri de bir sıfatla anlatma yoluna gitmişlerdir. Örneğin; "parlamentar demokrasi

Europe, South America, and Post-communist Europe (Johns Hopkins University Press, 1996).

(*Parliamentary democracy*), “liberal demokrasi (*liberal democracy*)”, “pekişmiş demokrasi (*consolidated democracy*)” bu bağlamda değerlendirilebilir. Dolayısıyla sıfatlı demokrasi terimi ile yalnızca “demokrasi olmayı becerememiş” demokrasiler değil, gelişmiş ve çağdaş demokrasiler de ele alınmakta ve incelenmektedir.

Son yıllarda ise otoriterleşmenin gözle görülür şekilde artması nedeniyle artık sıfatlı demokrasilerin yerini “sıfatlı otoriter rejimler” almaya başlamıştır. Bir başka deyişle, sıfatlar demokrasi yerine otoriter rejimlere eklenmeye başlamıştır. Seçimli otokrasi (*electoral authoritarianism*) ve rekabetçi otoriterizm (*competitive authoritarianism*) bunlara örnek gösterilebilir.^[33]

Çalışmamızın bundan sonraki aşamasında Türk demokrasisinin yukarıda zikredilen sıfatlı demokrasilerden ve sıfatlı otoriter rejimlerden hangisi yahut hangileri içerisinde bulunduğunu tespit etmeyi amaçlamaktayız. Ancak bunu yaparken, literatürde Türk demokrasisi ile en fazla ilişkilendirilmelerinden ötürü ağırlıklı olarak delegasyoncu demokrasi (*delegative democracy*) ve yarışmacı otoriterizm (*competitive authoritarianism*) türleri incelenecek ve bu demokrasi türlerinin karakteristik özellikleri üzerinde durulacaktır.

III. DELEGASYONCU DEMOKRASİ (*DELEGATIVE DEMOCRACY*)

Delegasyoncu demokrasi kavramı Arjantinli siyaset bilimci Guillermo O'Donnell tarafından ve büyük ölçüde Latin Amerika ülkelerinden esinlenilerek geliştirilmiştir.^[34] Yazar delegasyoncu demokrasinin özelliklerini şu şekilde ifade etmektedir:

“Delegasyoncu demokrasi, demokratik geleneğe yabancı değildir. O, temsili demokrasiden daha demokratik, ama daha az liberaldir. Delegasyoncu demokrasi bariz şekilde çoğunlukçudur. Onun özü, temiz seçimler yoluyla, bir kişiyi birkaç yıl için, milletin yüksek menfaatlerini tecessüm ettirmek ve yorumlamak üzere yetkilendirecek bir çoğunluğu yaratmaktır. Delegasyoncu demokrasilerde seçimler, çok duygusal ve kazanç ve kayıpların büyük olduğu olaylardır. Adaylar, çıplak ve kurumsallaşmamış iktidar ilişkileri dışında hemen hemen hiçbir sınırlamaya tabi

[33] Andreas Schedler, *The Politics of Uncertainty: Sustaining and Subverting Electoral Authoritarianism*, (Oxford University Press, 2013).

[34] Guillermo O'Donnell, “Delegative Democracy,” *Journal of Democracy* 5, no. 1, (1994), 55-69.

olmadan hüküm sürme şansı için yarışlar. Seçimlerden sonra [seçmenlerden], başkanın her yaptığı için pasif ama alkışlayıcı bir kitlesini oluşturmaları beklenir. Temsili demokrasilerin ayırt edici özelliği olan yatay hesapverirlik, delegasyoncu demokrasilerde ya son derece zayıftır ya da hiç yoktur. Üstelik, delegasyoncu başkanlar, yatay hesapverirliği etkili kılan kurumları kendi ‘misyonları açısından gereksiz ayak bağları olarak gördüklerinden, bu kurumların gelişmesini önlemek için büyük çabalar harcarlar.’^[35]

Görüldüğü üzere delegasyoncu demokrasilerde seçimler büyük önem taşımakta ve belki de bunun sonucu olarak çoğunlukçu demokrasi anlayışı destek bulmaktadır. Halkın iradesi ile iktidar olan parti, millettten aldığı yetki ile istediğini yapabilme kudreti ile donatılmaktadır. Egemen iradenin yanılmazlığı tezi üzerine kurulu olan bu anlayış, toplumun ortak çıkarı ile çoğunluğun çıkarının asla çatışmayacağı varsayımından hareket eder.^[36] Milletin yanılmaz iradesinin temsilcisi konumundaki kişilerin, milletin iradesini yansıtmayan kişilerce denetlenmesi de bu nedenle kabul edilemez. Bu da dikey hesap verilebilirlik mekanizmaları olan seçimlerin, iktidarı denetleme açısından yeterli görülmesine ve diğer mekanizmaların iktidar için ayak bağı telakki edilmelerine neden olmaktadır. Delegasyoncu demokrasinin bu özellikleri nedeniyle, Özbudun Türk demokrasinin de bu kategoride değerlendirilebileceğini şu şekilde ifade etmektedir. “*Müteveffa O’Donnell günümüz Türkiye’sini görmüş olsaydı muhtemelen onu da örnek ülkeleri arasına dahil ederdi.*”^[37]

O’Donnell, bahsi geçen niteliklere ek olarak delegasyoncu demokrasilerin pekişmiş/konsolide olabilmiş ve kurumsallaşmayı başarabilmiş demokrasiler olmadıkları gibi ani çöküş tehlikesini de taşımadıklarını ileri sürmektedir.^[38] Özbudun, bahsi geçen özellikler dikkate alındığında, parlamenter sisteme

[35] O’Donnell, “Delegative Democracy,” 60-62. Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi* s.83’ten alıntı.

[36] Yusuf Hakyemez, “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 4, (2003), 1.

[37] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 83.

[38] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 56.

sahip olduğu dönemlerde de^[39] Türkiye'nin önemli ölçüde bu sınıflandırma içerisinde yer aldığını ifade etmektedir.^[40] Özbudun, O'Donnell'in çalışmasına atıf yapmak suretiyle bir yandan delegasyoncu demokrasilerin başkanlık sistemini benimsemiş rejimler için daha uygun olduklarını ifade etse de, özellikle "aşırı derecede kişiselleşmiş liderlik anlayışı, zayıf politik kurumların varlığı ve yatay hesap verilebilirlik enstrümanlarının yokluğu yahut yetersizliği" nedenlerinden ötürü, Türk demokrasisinin de Latin Amerika ülkelerinin^[41] delegasyoncu demokrasi anlayışı ile bazı önemli nitelikleri taşıdığı iddiasındadır.^[42]

Delegasyoncu demokrasilerin kurumsallaşmadan ziyade kişiselleşmeyi ön plana çıkardığı bir gerçektir. Bu demokrasilerde kurumların yerini kişiler alır. Taş, bu konuda delegasyoncu demokrasilerin sadece "kurumsal olmayan" nitelikte olmadıklarını, daha da önemlisi bunların "kurumsallık karşıtı" niteliğe sahip olmalarının önem arz ettiği düşüncesindedir.^[43] Şöyle ki; delegasyoncu demokrasiler denetleme ve denge mekanizmalarının yokluğunda faaliyet gösterirken, bu mekanizmaların delegasyoncu başkanlarca "misyonlarının önlerinde duran birer engel" olarak görülmesi nedeniyle, bu mekanizmaların gelişimi de bilinçli olarak sekteye uğrattırılır.^[44]

Bu aşamada yatay hesap verilebilirlik mekanizmalarının mevcut olup olmaları, O'Donnell'in delegasyoncu demokrasiler sınıflandırması açısından

[39] Özbudun bu nitelendirmeyi yaklaşık yirmi yıl önce yapmasına rağmen, Türkiye'nin bahsi geçen süre boyunca bu kategorizasyondaki yerini değiştirmek yerine daha da sağlamlaştırdığı iddia edilebilir.

[40] O'Donnell, "Delegative Democracy," 11.

[41] Jose A. Cheibub, Zachary Elkins and Tom Ginsburg, "Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective," *Public Law and Legal Theory Working Papers* (2011), 1.

[42] Andre De Munter, *Turkey: The Venice Commission's Opinion on the amendments to the Turkish Constitution to be submitted to a national referendum on 16 April 2017, Highlights* (European Parliament, 2017), 11.

[43] Hakkı Taş, "Turkey – From Tutelary to Delegative Democracy," *Third World Quarterly* 36, no. 4 (2015), 776-91.

[44] Taş, "Turkey," 778.

hayli önem arz etmektedir.^[45] Yazara göre hesap verilebilirliğin nitelikleri şunlardır: Hesap verilirlik, bir devlet içi mekanizmadır. Dolayısıyla bir devlet kurumunun, devletin başka bir kurumu üzerinde denetleme yetkisini haiz olması anlamına gelmektedir. Bu denetimin; izleme, bilgi talebinde bulunma, kamuya açıklamalarda bulunma ve kurum üzerinde müeyyide-lerde bulunma gibi şekilleri olabilir. Ek olarak, denetimi yapan kurumun hukuken yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca hukuka aykırı işlem ve eylemleri nedeniyle, denetlenen kurum üzerinde denetleyen kurumun kararlarının icra kabiliyeti olmalı, bir başka deyişle denetleme yetkisi bulunan kurumun aynı zamanda müeyyide uygulama yetkisiyle donatılması gerekmektedir. Özbudun bu niteliklerin yatay hesapverirliği, dikey hesapverirlik mekanizmalarından ayırdığını ifade etmektedir.^[46] Denilebilir ki dikey hesap verme mekanizmaları, yani iktidar sahiplerinin seçimler yoluyla halka hesap vermeleri tek başına çağdaş demokrasilerde yeterli güvenceleri sağlamamaktadır. Başta anayasa yargısı ve yargı bağımsızlığı olmak üzere seçim kurulları, hesap divanları, insan hakları kurulları, kamu denetçiliği (ombudsmanlık) kurumu, bağımsız merkez bankası gibi kurumlar yatay hesapverirliği sağlayan mekanizmalar arasında sayılabilir.^[47]

Bu kurumların etkinliğinden söz edebilmek için onların yürütme gücünden bağımsız ve özerk bir yapıya sahip olmaları gerekir. Son yıllarda Türkiye’de gözlemlenen demokrasinin gerilemesine sebep olan unsurların belki

[45] Özbudun “accountability” kelimesini bilinçli olarak “hesapverirlik” olarak çevirmektedir. Hesap verme konumunda olan kişi yahut kurum açısından ihtiyari bir durum izlenimi uyandırması nedeniyle bilinçli olarak “hesap verilebilirlik” deyimini kullanmaktan kaçınmaktadır. Hesap verme kavramının içerisinde hukuki bir zorunluluk taşıması unsuru mevcuttur. O’Donnell de benzer şekilde İspanyolca ve Portekizce de accountability’nin karşılığının olmamasının tesadüf eseri olmadığını ve bu ülkelerin hesap verme hususundaki yaklaşımını sergilemesi bakımından anlam ifade ettiğini düşündüğünü belirtmektedir. Özbudun da bu durumun tesadüf eseri mi yoksa belli bir zihniyetin yansıması mı olduğunu şu şekilde ifade etmektedir. “Acaba Türkçe’de de bu terimin direkt karşılığının olmaması ve ancak iki kelimeyle oldukça çapraşık bir biçimde ifade edilmesi de salt bir tesadüf olarak açıklanabilir mi?” bkn. Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 79 dipnot 15.

[46] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 80.

[47] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 81.

de başında yatay hesapverirlik mekanizmalarının zayıflaması gelmektedir.^[48] Yargı bağımsızlığı alanında yaşanan gözle görülür gerilemenin yanı sıra, birçok kurum denetleme mekanizmasından mahrum bırakılmaktadır. Bu bağlamda en dikkat çekici örnek kamu harcamalarını denetlemekle görevli olan Sayıştay'ın denetim yetkisinin sınırlandırılmasıdır. Benzer şekilde Merkez Bankası'nın bağımsızlığı konusunda ciddi endişeler mevcuttur. Özellikle son dönemde yaşanan döviz hareketlilikleri karşısında Merkez Bankası'nın para ve maliye politikaları belli çevrelerce çok ciddi eleştiri altındadır. 2010 anayasa değişikliği ile kurulan Ombudsmanlık mekanizmasının da denetim fonksiyonunu kendisinden beklenen ölçüde yerine getiremiyor olmasının sebeplerinden biri, Anayasa'nın 74. Maddesine göre, Kamu Başdenetçisi'nin TBMM tarafından seçiminde, her ne kadar ilk iki oylamada üçte iki, üçüncü oylamada ise salt çoğunluk aranıyor olsa da, dördüncü oylamada basit çoğunlukla seçiliyor olmasıdır.

Delegasyoncu demokrasinin özellikleri dikkate alındığında, Türk demokrasisinin uzunca bir dönem delegasyoncu demokrasinin özelliklerini taşıdığı iddia edilebilir. Özellikle, delegasyoncu demokrasilerin çoğunlukçu olması, seçimlerin çok duygusal ve kazanç ve kayıpların büyük olduğu olaylar olarak görülmeleri, yatay hesap verilebilirlik mekanizmalarının mevcut olmaması yahut son derece zayıf olması, delegasyoncu başkanların yatay hesap verilebilirlik kurumlarını ayak bağı olarak görmeleri ve bunun neticesinde de bu kurumların gelişmesini önlemek amacıyla çabalamaları nedeniyle, Türk demokrasisinin delegasyoncu demokrasinin bir çok özelliğini ihtiva ettiği iddia edilebilir.

Ancak bu iddialar Türk demokrasisinin son yıllarda maruz kaldığı gelişmeleri yeteriyle yansıtmamakta yahut gözardı etmektedir. Delegasyoncu demokrasinin asgari şartlarından birisi de seçimlerin temiz ve adil olmasıdır. Dolayısıyla, delegasyoncu demokrasilerde dikey hesap verilebilirlik mekanizması olan seçimlerin meşruluğuna ilişkin bir endişe mevcut değildir. Türk demokrasisi son beş yıl içerisinde son derece önemli ve bir o kadar da tartışmalı seçim ve referandum tecrübesine sahiptir. 2017 yılında yapılan başkanlık sistemi referandumunda, Yüksek Seçim Kurulu'nun mühürsüz oyların geçerli sayılmasına ilişkin vermiş olduğu karar, referandumun

[48] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 125.

meşruiyetine gölge düşürmüştür.^[49] Benzer şekilde, 2019 yılında gerçekleşen yerel seçimlerde, YSK'nın almış olduğu tartışmalı karar neticesinde seçimlerin İstanbul'da yenilenmesi de seçimlerin adil ve serbest olmadığı yönündeki tartışmaları alevlendirmiştir.

Seçimlerin serbest ve adil olması şartının sağlanamaması, demokrasimizin sıfatlı demokrasilerden biri olan delegasyoncu demokrasinin asgari şartlarını dahi sağlamadığını ve sıfatın, demokrasi yerine otoriterizme eklenmesi gerektiği yönündeki görüşleri kuvvetlendirmektedir. Bu bağlamda, demokrasimizin yarışmacı otoriter rejimlerin özelliklerini daha fazla yansıttığını düşünmekteyiz. Bu iddianın haklılığını ortaya koyabilmek için yarışmacı otoriter rejimlerin özelliklerini incelemek gerekir. Ancak öncesinde, 2017 referandumuyla birlikte ortaya çıkan ve bize özgü bir rejim olan başkanlık sisteminin irdelenmesi gerekir. Çünkü Türk tipi başkanlık sistemi, Türk demokrasisinin delegasyoncu demokrasiden yarışmacı otoriterizme doğru kaymasında etkin rol oynamıştır.

IV. TÜRK USULÜ BAŞKANLIK SİSTEMİ

Delegasyoncu demokrasilerin daha ziyade başkanlık sistemi ile örtüştüğü literatürde baskın görüştür. Henüz başkanlık sistemine hukuken geçilmediği dönemlerde bile Türk demokrasisinin delegasyoncu demokrasinin birçok özelliğini taşıdığı dile getirilmekteydi.^[50] 2017 yılında gerçekleştirilen referandum ile birlikte, Türkiye yaklaşık bir asırlık parlamenter rejimini başkanlık sistemi ile değiştirme yoluna gitmiştir. Dolayısıyla yeni sistem ile birlikte Türk demokrasisinin delegasyoncu demokrasi grubuna daha fazla yaklaştığı iddia edilebilir. Bu iddianın haklı olup olmadığının tespiti için yeni sistemin özellikleri ile delegasyoncu demokrasinin niteliklerini karşılaştırarak ortaya koymakta fayda var.

Özellikle koalisyon dönemleri boyunca kutuplaşma, parçalanma ve yönetimde istikrarsızlık gibi problemlerle karşılaşıldığından başkanlık sistemi

[49] Muhammet Derviş Mete, “Constitutional Crises and Referendums in Turkey”, *Yasama Dergisi* 44 no.2, (2021), 61-100.

[50] Ergun Özbudun, *Contemporary Turkish Politics: Challenges to Democratic Consolidation*. (Boulder: Lynne Rienner Pub, 2000), 11; Ergun Özbudun and Ömer Faruk Gençkaya, *Democratization and the Politics of Constitution-Making in Turkey*. (Central European University Press, 2000), 102.

tarafatları, yaşanan birçok problemin nedeni olarak parlamenter sistemi günah keçisi ilan etmektedirler.^[51] Ancak belirtmek gerekir ki, Türkiye'nin mevcut sistemi ile Amerikan tipi başkanlık sistemi arasında çok az benzerlik mevcuttur. Türk tipi başkanlık sistemi, başkana orijinal başkanlık sisteminin sağladığının çok ötesinde önemli yetkiler vermektedir. Ve bunun doğal sonucu olarak hâlihazırdaki rejim, orijinal başkanlık sistemine kıyasen yeterli düzeyde denetim ve denge mekanizmalarına sahip değildir.^[52] Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarabileceğine dair norm nedeniyle -her ne kadar cumhurbaşkanının anayasanın belli bölümlerinde yer alan temel haklara ilişkin düzenleme yapma imkânına sınırlama getirirse de- Venedik Komisyon raporunda gerek maddenin muğlaklığı nedeniyle gerekse yürütme alanıyla ilişkisi olmayan bir husus bulmanın neredeyse imkansızlığı nedeniyle, çıkarılan bütün kararnamelerin bir şekilde meşrulaştırılacağı tehlikesi dile getirilmektedir.^[53] Üç yılı aşkın süredir ortaya çıkan Başkanlık sistemi tecrübesi, başkanın meclisi baypas ederek ülkeyi cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yönetme imkânına sahip olduğunu göstermektedir. Cumhurbaşkanının bu denli geniş yetkilerle donatılmasının meclisi işlevsiz bir hale getireceği aşikârdır.^[54]

Türk tipi başkanlık sisteminin, yasama, yürütme ve yargı erkları arasında zaten önceden de yeterli düzeyde mevcut olmayan dengeyi, yürütme lehine daha da bozduğundan ve bunun sonucunda yasama organının işlevsiz kalma tehlikesi ile karşı karşıya olduğundan bahsetmiştik. Ancak, tehlike bununla sınırlı değildir. Yargı bağımsızlığı açısından da ciddi bir tehdit söz konusudur. Şöyle ki, yargıçların atanmaları, ihraçları ve disiplinler nitelikteki

[51] Burhan Kuzu, *Her Yönü ile Başkanlık Sistemi*, 6. Baskı (Babıalı Kültür Yayıncılığı, 2016)

[52] Bu konuda kapsamlı bir çalışma için bkz. Levent Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı*, 2. baskı, (Adalet Yayınevi, 2015).

[53] *Venice Commission Opinion Turkey: Opinion on the Amendments to the Constitution Adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017* (Council of Europe, 2017), 19.

[54] Berk Esen and Şebnem Gümüşçü, "A Small Yes for Presidentialism: The Turkish Constitutional Referendum of April 2017," *South European Society and Politics* 22, no.3 (2017): 303. Meclisin işlevselliğini yitireceğini anlatmak maksadıyla "*rubber-stamp institution*" ifadesi kullanılmaktadır.

tüm işlemleri yerine getirmekle görevli Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) üzerindeki kontrolü artırmak, doğrudan yargıçların üzerindeki kontrolü artırmak ile eşdeğerdir.^[55] Demunter, yürütmeyi hukuki kısıtlamalardan kurtarmayı amaçlayan otoriter yönetimlerin, yargıyı hükümet politikalarının önünde bir engel olarak gören Carl Schmitt Doktrini'ne^[56] başvurduklarını iddia etmektedir.^[57] Ek olarak, Hâkimler ve Savcılar Kurulu üyelerinin belirlenmesinde 2010 yılında benimsenen hâkim ve savcıların oy verme usulü, yargının siyasallaşmasına neden olduğu gerekçesiyle kaldırılmıştır. HSK'nın yapısı üzerinde gerçekleştirilen bu değişiklikler, delegasyoncu demokrasiilerin yatay hesap verilirlik mekanizmalarını birer ayak bağı olarak gördüklerinin delillerinden yalnızca biridir.

Yeni sistemin getirdiği ve iktidarın şahsileşmesine katkı yapan düzenlemelerden biri de Cumhurbaşkanı'na "üst kademe kamu yöneticilerini atama ve görevlerine son verme" işlemlerini yapabilme yetkisi veren ve kendisine anayasanın 104. Maddesinde yer bulan düzenlemedir. Cumhurbaşkanı'nın kamuda atama yetkisi, genel yetki çerçevesinde düzenlenmekte ve bu hüküm, kimlerin üst düzey kamu görevlisi olduğunu açıkça belirtmediğinden, bunun takdiri Cumhurbaşkanı'na bırakılmaktadır.^[58] Bu bağlamda, Cumhurbaşkanı'nın "üst düzey kamu görevlisi" ifadesini geniş yorumlaması durumunda, çok geniş bir atama ve görevden alma yetki yelpazesine sahip olacağı ve böyle bir senaryoda Demunter' in ifadesiyle Cumhurbaşkanı'nın hem yasama hem yürütme işlevine sahip olması muhtemeldir.^[59]

Tam da bu noktada mukayese edebilme açısından Amerikan tipi başkanlık sisteminin niteliklerine genel hatlarıyla değinmekte fayda vardır. ABD sistemi her organın diğer organlar üzerinde etkili olabildiği bir denge-fren sistemi

[55] Munter, *Turkey: The Venice Commission's Opinion*.

[56] Duncan Kelly, "Carl Schmitt's Political Theory of Dictatorship" in *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* ed Jens Meierhenrich, Oliver Simons and Duncan Kelly, (Oxford University Press, 2013).

[57] Munter, *Turkey: The Venice Commission's Opinion*.

[58] Cumhurbaşkanı'nın bu yetkisinin sınırları da bizzat kendisi tarafından çıkardığı bir Cumhurbaşkanı'nın kararı ile belirlenmiştir. Bkn. <https://www.anayasa.gov.tr/media/6613/2018-125.pdf>.

[59] Munter, *Turkey: The Venice Commission's Opinion*.

üzerine kurulmuştur. Dolayısıyla kuvvetler ayrılığı prensibinden, bu üç erkin birbirlerine müdahalede bulunmadığı anlamı çıkarılmamalı, aksine bu üç kuvvetin birbirlerini denetleyen ve yeri geldiğinde frenleyen mekanizmalarla donatıldığı anlaşılmalıdır. Şöyle ki, yasama yetkisi, temsilciler meclisi ve senatodan oluşan iki kanatlı bir yapıya sahip olan kongrenindir. Kongre, yasama işlemleriyle iştigal ederken, başkan ve sekreterlerinin görevlerine güvensizlik oyu ile son veremezler. Kongrenin başkanı sınırladığı nokta, başkanın bazı önemli federal atamalar gerçekleştirdiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Başkanın bu işlemleri senatonun onayına tabidir. Aynı şekilde milletlerarası antlaşmaların onaylanması ve savaş ilanı yetkileri kongrenindir. Federal bütçenin kabulü gibi ehemmiyetli bir konu da kongrenin görevleri arasındadır.

Kuvvetler ayrılığının garantörü niteliğindeki bir diğer husus başkanın kongreyi feshetme imkânının olmamasıdır. Belirtmek gerekir ki Kuzu'nun da işaret ettiği üzere bazı Latin Amerika ülkelerinin başkanlık sistemi kurma girişimlerinin otoriter rejimler ile sonuçlanması; başkanın bütçe yapma ve meclisi feshetme yetkileri ile donatılmasından kaynaklanmaktadır.^[60] Bu nedenle kuvvetler ayrılığı prensibine dayalı bir rejim inşası sürecinde bu iki hususun hayati önemi haizdir. Amerikan Yüksek Mahkeme üyesi Brandeis, kuvvetler ayrılığının amacının “*etkinliği artırmak [yerine], keyfi iktidarın kullanımını önlemek*” olduğunu ifade etmiştir.^[61] Devamında, kuvvetler ayrılığı prensibinin “*her organa yasama, yürütme ve yargı niteliğindeki fonksiyonları yerine getirmek üzere bazı bakımlardan iktidar sağlamakla birlikte, her organı belli ölçülerde diğerlerine bağımlı kıl[dığı]*”^[62] ileri sürmektedir.

Bu anlatılanlar ışığında Amerika Birleşik Devletleri sisteminin katı bir kuvvetler ayrılığı prensibine dayandığı, Türk tipi başkanlık sisteminin ise bu noktada orijinal sistemden ciddi ölçüde saptığı gözlemlenebilir. Montesquieu,

[60] Kuzu, *Her Yönü ile Başkanlık Sistemi*.

[61] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 18.

[62] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 18.

Kanunların Ruhunu Hakkında isimli eserinde kuvvetler ayrılığı ilkesini, hürriyetlerin teminatı için olmazsa olmaz olarak nitelemektedir.^[63]

"...Yargı kuvveti, yasama ve yürütmeden ayrı olmadıkça hürriyet yoktur. Yargı yasama ile birleştiği takdirde, tebaanın hayatı ve hürriyeti keyfi kontrole tabi olur. Çünkü bu durumda hâkim, kanun koyucu olur. Yargı, yürütme iktidarı ile birleştiği takdirde ise hâkim, şiddetle ve zalimce davranabilir. Aynı kişi yahut aynı kurul -ister soylulardan olsun ister halktan olsun- bu üç kuvveti elde ettiği takdirde bu her şeyin sonu demek olur."^[64]

Benzer şekilde 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin 16. maddesi "*kuvvetler ayrılığının tesis edilmediği bir toplumun anayasası yoktur*" demek suretiyle kuvvetler ayrılığı ilkesinin olmazsa olmazlardan olduğunu ilan etmiştir.

Orijinal başkanlık sistemi katı kuvvetler ayrılığı ilkesi üzerine inşa edilirken, Türk tipi başkanlık sisteminin bu hususu ıskaladığı su götürmez bir gerçektir. Dolayısıyla Türkiye'nin başkanlık sistemi transplantasyonunun başarısızlıkla sonuçlandığı söylenebilir.^[65] Her ne kadar Moe ve Collwell, başkanlık sistemi ve parlamenter sistemin ithali sürecinde, bu sistemlerin "kendi bagajları ile geldiğini" ve bu nedenle aynen oldukları gibi uyarlanmaları gerektiğini ileri sürseler de, her ülkenin kendine özgü sosyal, ekonomik ve kültürel niteliklere ve farklı ihtiyaçlara sahip olmaları nedeniyle bu düşünce kulağa gerçekçi gelmemektedir.^[66] Dolayısıyla sistem transferi sırasında orijinal mekanizmadan bir nebze sapılması ve transfer edilen sistemin belirli uyarlamalara tabi tutulması son derece normaldir. Siems, hukuki transplantasyon mekanizmasını anlatırken bu noktaya işaret etmekte ve "dönüşümsüz bir taşıma/ithal" işleminin mümkün olamayacağına işaret

[63] Charles de Secondat Montesquieu and others, *The Spirit of the Laws* (Cambridge University Press, 1989)

[64] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 15.

[65] Anayasal transplantasyon hakkında kapsamlı bir çalışma için bkn. Morton J. Horwitz, "Constitutional Transplants," *Theoretical Inquiries in Law* 10, no.2 (2009): 537.

[66] Terry Moe and Michael Caldwell, "The Institutional Foundations of Democratic Government; A Comparison of Presidential and Parliamentary Systems," *Journal of Institutional and Therotical Economics* 150, no.1 (1994): 172.

etmektedir.^[67] Ancak burada dikkat edilmesi gereken asıl husus, bir sistemin alınması sırasında ortaya çıkan değişikliklerin ve dönüşümlerin orijinal sistemin özüne, ruhuna ve mantığına aykırı olmamasıdır. Dolayısıyla gerek kuvvetler ayrılığının yerini kuvvetler birliğine yakın bir görünümün alması, gerekse delegasyoncu demokrasilerin niteliklerini taşıyan yeni bir sistem inşası, ortaya çıkan ürünün orijinalinin dokusunu ve ruhunu yansıtmadığının göstergeleridir.

Bununla birlikte, mevcut sistemin cumhurbaşkanı figürünün orijinal sistemin başkan figürüne nazaran daha güçlü yetkilerle donatıldığı aşikârdır. Hükümet sistemlerine ilişkin mukayeseli çalışmasında Alan Siaroff belli başlı parametreleri kullanarak başkanların sahip olduğu güçleri sıfır ile yedi arasında puanlamıştır.^[68] Yazar bu puanlamayı; başkanın seçim usulü, başkanın yasama vetosu ve kararname çıkarma gücüne sahip olup olmaması, hükümet kurmada başkanın rolü ve dış politika gibi belli parametreleri dikkate alarak yapmaktadır. Amerika'yı, tipik başkanlık sistemi olması ve başkanın geniş yetkilerle donatılmış olması nedeniyle puan skalasında yedi puan ile maksimum noktaya oturtmuştur. Öte yandan Almanya'yı ise tipik parlamenter sistem özellikleri taşıması nedeniyle sıfır puanla skalanın diğer tarafına oturtmuştur.

Bu cetvelde yazar 1961-1980 dönemi için Türkiye Cumhuriyeti cumhurbaşkanının gücünü iki puan olarak değerlendirirken, 1983 sonrasını ise üç puan ile değerlendirmektedir. Yazar, çalışmasında başvurmuş olduğu bu puanlama sistemi ile Türk cumhurbaşkanlarının klasik parlamenter sistemdeki seremonik ve sembolik yetkilerle donatılmış diğer cumhurbaşkanlarından farklı olduğunu tespit etmiştir. Ancak Gönenç'in de haklı olarak itiraz ettiği üzere, 1982 Anayasası ile sembolik yetkilerinden arındırılan ve yasama, yürütme ve yargıya ilişkin alanlarda çok daha güçlü yetkilerle donatılmış olan cumhurbaşkanının gücü, 1961 Anayasası dönemine nazaran çok daha fazla olmalı ve buna uygun bir şekilde puanlama yapılmalıydı.^[69] Siaroff'un bahsi geçen çalışmasının ardından; önce 2007 değişiklikleri ile Cumhurbaşkanı,

[67] Mathias Siems, *Comparative Law (Law in Context)*, (Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2014), 196.

[68] Levent Gönenç, "Presidential Elements in Government: Turkey," *European Constitutional Law Review* 4, no.3 (2008): 495.

[69] Gönenç, "Presidential Elements," 496.

doğrudan halk tarafından seçilmek suretiyle meşruluğunu ve dolayısıyla gücünü daha da artırmıştır.^[70] Akabinde ise 2017 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile parlamenter sistem terkedilmiş ve önceki dönemler ile mukayese etmeyi dahi gereksiz kılacak düzeyde cumhurbaşkanı olağanüstü yetkilerle donatılmıştır. Orijinal başkanlık sisteminden farklı olarak gerek kuvvetler ayrılığının tesis edilememiş olması, gerekse orijinal sistemde mevcut olan denetleme ve denge mekanizmalarından yoksun kalınması, Türk tipi başkanlık sistemindeki başkanın gücünü bu skalanın dışına taşırmakta ve yedi puanlık sistemin yetersiz kalacağı bir noktaya bizi ulaştırmaktadır.

Bu gerekçelerle, halihazırdaki sistemi ve cumhurbaşkanının yetkilerini orijinal sistemle değil belki ama Rusya tipi süper başkanlık sistemi ile mukayese etmek belki daha doğru olurdu.^[71] Ancak başkanlık sistemi taraftarlarına göre, Türk tipi başkanlık sisteminin kaynağı, Amerikan tipi başkanlık sistemidir. Bir başka ifadeyle, yeni sistem orijinal başkanlık sisteminden esinlenilerek inşa edilmiştir. Her iki sistem arasındaki ciddi farklar dikkate alındığında, bu iddianın gerçeği yansıtmadığı aşikâr olsa da, iddianın çürütülebilmesi adına, yeni sistemi orijinal başkanlık sistemi ile mukayese etmeyi uygun bulduk.

Öte yandan, Türk tipi başkanlık sistemi adı altında cumhurbaşkanının bu denli geniş yetkilerle donatılması, eklektik bir metodun benimsenmesinin doğal sonucudur. Bir başka deyişle, bir yandan parlamenter sistemin yürütmeyi güçlendiren enstrümanları muhafaza edilirken, diğer yandan başkanlık sisteminde başkanın gücünü dizginleyen mekanizmaların törpülenerek yeni bir sistem inşası yoluna gidilmektedir.^[72] Bu nedenle yeni

[70] Ersin Kalaycıoğlu, “Turkish Popular Presidential Elections: Deepening Legitimacy Issues and Looming Regime Change,” *South European Society and Politics* 20, no.2 (2015): 158.

[71] Şule Boyunsuz, “The AKP’s proposal for a “Turkish Type of Presidentialism” in Comparative Context,” *Turkish Studies* 17, no.1 (2016): 68-90.

[72] “Cherry Picking” olarak da adlandırılan bu yöntem; pastalardan birini tercih etmek yerine, ortadaki pastaların üzerindeki meyvelerin seçilerek alınması anlamına gelmektedir. Bu ifade, eklektik yaklaşımları eleştirmek için kullanılmaktadır. Bunun en bariz örneklerinden biri; Brexit tartışmaları nedeniyle Theresa May hükümetinin “Chequers Plan” adıyla sunmuş oldukları Avrupa Birliği’nden çıkış anlaşması taslağı; bir yandan AB’nin nimetlerinden istifade etmeye devam eder nitelikte unsurlar taşıdığından, diğer yandan da Birleşik Krallık’ın birlik içerisindeki yükümlülüklerini önemli ölçüde törpüleyip, külfetlere katılma yükümlülüğünden Birleşik Krallığı

sistemin, parlamenter ve başkanlık sisteminin en güçlü yanlarını aldığı ileri sürülebilir. Bunun neticesinde de Türk demokrasisinin benimsemiş olduğu bu alakart sistem nedeniyle “anayasal mekanizmanın tekerlekleri çok daha yavaş dönmektedir”.^[73] Bu anlatılanlar ışığında, Türk demokrasisinin delegasyoncu demokrasisinin özelliklerinden bazılarını halen taşımakta olduğunu iddia edebiliriz. Özellikle delegasyoncu demokrasilerin başkanlık sistemi ile özdeşleştirilmeleri nedeniyle, Türk tipi başkanlık sisteminin benimsenmesi neticesinde, delegasyoncu demokrasiler arasındaki yerimizi daha da sağlamlaştırdığımız dahi iddia edilebilir.

Ancak daha önce de belirtildiği üzere, bu iddia demokrasimizin son yıllardaki gelişmelerini ıskalayabilmektedir. Delegasyoncu demokrasilerin başkanlık sistemi ile özdeşleştirilmesi yahut delegasyoncu demokrasilerin yatay hesap verilebilirlik mekanizmalarından yoksun olması gibi bir takım özelliklerinin Türk demokrasisinde mevcut olması, demokrasimizin tam olarak bir delegasyoncu demokrasi olduğu anlamına gelmemelidir. Herşeyden önce, delegasyoncu demokrasilerin dahi sağlamış olduğu adil ve serbest seçimlerin mevcudiyeti şartını sağlayabilmekten çok uzağız. Seçimlerin serbest ve adil olmadığına ilişkin argümanları haklı çıkaracak nitelikte bir dizi referandum ve seçim tecrübesine sahibiz. Bu da ne yazık ki Türk demokrasisinin bir sıfatlı demokrasi olan delegasyoncu demokrasi olmaktan bile uzaklaştığı ve otoriter bir rejime dönüştüğü gerçeğiyle bizleri yüzleştirmektedir.

V. YARIŞMACI OTORİTERİZM (COMPETITIVE AUTHORITARIANISM)

Son dönemde literatürde yukarıda niteliklerini saydığımız rejimlere ilişkin yeni tanımlamalar yapılmakta ve bu melez rejimler farklı adlarla

kurtardığından, bahsi geçen planın ilk versiyonu AB üye devletleri tarafından *cherry picking* niteliği taşıdığı gerekçesiyle “kabul edilemez” bulunmuştur.

[73] Bu ifade aslında Kongre ve Beyaz Sarayın aynı parti tarafından kontrol edilmesi ve Supreme Court üyelerinin de yine bu parti tarafından atanmasının Amerika’da anayasal sisteme ciddi zarar vermekte olduğunu işaret etmek için kullanılmıştır. “*With the same party controlling Congress and the White House – and nominating justices to the Supreme Court – the wheels of the constitutional machine turn slowly.*” Ayrıntılı bilgi için bkz. David Eastwood, “Trump and Brexit Have Triggered Two Deep Constitutional Crises”, *The Conversation*, 29 Ocak 2018, <http://theconversation.com/trump-and-brexit-have-triggered-two-deep-constitutional-crises-90707>.

anılmaktadır. Bu rejimlere ilişkin hatırı sayılır çalışmalardan biri de Steven Levitsky ve Lucan A. Way tarafından 2010 yılında yayımlanan Yarışmacı Otoriterizm adlı eserdir.^[74] Yarışmacı otoriter rejimler yazarlar tarafından şu şekilde tanımlanmaktadır: "Biçimsel demokratik kurumların var olduğu ve iktidara gelmenin başlıca aracı olarak geniş ölçüde kullanıldığı, fakat iktidar sahiplerinin devleti kötüye kullanmalarının onlara muhalifleri karşısında önemli bir avantaj sağladığı sivil rejimlerdir."^[75] Bu rejimlerin muhalefet partilerinin de iktidar yarışmasında demokratik kurumları ciddi ölçüde kullanma imkanı bulmaları açısından yarışmacı oldukları kabul edilse de, demokratik nitelikten uzak oldukları yazarlarca iddia edilmektedir. Oyun alanı iktidar sahipleri lehine aşırı derecede eşitsizdir. Dolayısıyla "yarışma gerçektir ancak adil değildir."^[76] Her ne kadar tarafların sahip oldukları imkânlar açısından arada gözle görülebilir bir fark olsa da bu eşitsizlik tek başına muhalefetin zaferini imkânsız kılacak ölçüde değildir. Bu nedenle otoriter rejimlerin aksine yarışmacı otoriter rejimlerde iktidar sahipleri muhtemel bir hezimet korkusu nedeniyle çalışmak ve "ter dökmek zorundadırlar".^[77] Öte yandan muhalefet liderleri de başarı şanslarının olduğunun bilincindedirler.

Yazarlar, yarışmacı otoriter rejimlerde iktidarların seçim yarışında avantajlı bir pozisyon elde etmek için başlıca üç araca başvurduklarını ileri sürerler. Bu yarışta kaynaklara, medyaya ve hukuka erişim yarışın neticesini önemli ölçüde belirler. Yarışmacı otoriter rejimler öncelikle devletin imkânlarını kullanma konusunda eşitsiz bir ortam yaratırlar. Medyaya erişim de farklı değildir. Bu rejimlerde devlet, televizyon ve radyoların önemli bir kısmını doğrudan kontrol eder. Özellikle seçim propaganda dönemlerinde bu eşitsizlikleri görmek daha kolaydır. Nitekim, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGIT)^[78] tarafından başkanlık referandumuna ilişkin 2017 yılında

[74] Steven Levitsky and Lucan A. Way, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010).

[75] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 123.

[76] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 123.

[77] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 124.

[78] "Türkiye, Anayasa değişikliği referandumunu, 16 Nisan 2017: Sonuç Raporu | OSCE", OSCE Report, erişim: 1 Ocak 2019, <https://www.osce.org/tr/odihr/elections/>

yayımlanan raporda referandumun “eşit olmayan bir zeminde” gerçekleştiği ve iki tarafın eşit fırsatlar eşliğinde yarışma imkânı bulamadığı ifade edilmektedir.^[79] Devamında serbest ve adil bir kampanyanın, oylamanın kendisi kadar demokratik sürecin önemli bir parçası olduğu vurgusu yapılmakta, hükümet yetkililerinin referandum kampanya sürecine dahlinin “devlet ile parti arasındaki çizgiyi muğlaklaştırdığı” eleştirisi yapılmaktadır.^[80] Yine raporda OHAL’ in olağanüstü şartlarının düşünceyi açıklama ve toplanma hürriyetine de ciddi ölçüde ket vurduğu belirtilmektedir.

Nihayet, yargıya erişim konusunda da bu rejimlerdeki iktidar sahipleri, yargı organları üzerinde özellikle kadrolaşma faaliyetleri ile söz sahibi olmaktadır. Bu nedenle hakemlik vazifesi ifa etmesi beklenen bağımsız yargı aslında bir siyasal organa dönüşür. Gözler’ in söylemiyle “yargı, siyasetin hukuka uzanmış eli” konumuna gelir.^[81] Yargı, siyasallaştığı ölçüde sistematik biçimde iktidar sahipleri lehinde kararlar verir. Yazarlar, hukuki araçların takdiri biçiminde kullanılmasına, keyfi vergi takipleri ve hakaret davalarını örnek olarak göstermektedir.

Yarışmacı otoriter rejimler özetle; “eşit şartlar altında olmasa bile ciddi bir iktidar yarışmasının yaşandığı, demokratik kurumların hiç değilse şeklen var olduğu fakat fiiliyatta iktidar sahiplerine önemli bir avantaj sağlayacak şekilde işlediği, bu anlamda hem seçimsel demokrasilerden hem kapalı otoriter rejimlerden farklı olan bir rejim” türü olarak tanımlanabilir.^[82] Bu rejimin özellikleri dikkate alındığında Özbudun’a göre yarışmacı otoriterizmin, Türkiye’ nin bugünkü siyasal rejimini nitelendirmeye “en elverişli kavram” olduğu ileri sürülebilir.^[83] Gerçekten de yarışmacı otoriterizmin ayrıntılı bir şekilde açıklanan özellikleri, önemli ölçüde Türk demokrasisi ile benzerlik göstermektedir. Özbudun iktidarla uyumlu bir yargı yaratma teşebbüsünün Anayasa Mahkemesi hariç olmak üzere başarıyla sonuçlandığı

[turkey/331101](https://www.turkey/331101).

[79] OSCE, “Anayasa değişikliği referandumu.”

[80] OSCE, “Anayasa değişikliği referandumu.”

[81] “*Hukuk siyasetin longa manus’udur.*” Bkz. Gözler, “Hukuk Nereye Gidiyor?”

[82] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 124.

[83] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 125.

yolunda bir çıkarımda bulunsa da^[84] özellikle OHAL dönemi ve takip eden süreçte AYM' nin verdiği kararlar dikkate alındığında, mahkemenin yeniden hak temelli yaklaşımını terk edip ideoloji temelli yaklaşımına döndüğü ileri sürülebilir. Bu veriler, uluslararası platformlarda Türkiye hakkında yazılan raporlarda da ayrıntılı bir şekilde teyit edilmektedir.

Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu tarafından 2018 yılında yayımlanan Türkiye İlerleme Raporu'nda^[85] en çok kullanılan kelime muhtemelen "gerileiş" tir.^[86] Avrupa Birliği Müzakere süreci kapsamında 35 faslın değerlendirildiği raporun yaklaşık üçte birinden fazla bir bölümünün "yargı ve temel haklar" faslı için ayrılmış olması vahametinin derecesini ortaya koyması bakımından önem arz etmektedir. Gerçekten de rapor 2017 Başkanlık referandumu sırasındaki eşit olmayan yarışma koşullarından OHAL dönemi uygulamalarına, milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılması ve neticesinde tutuklanmalarından, halk tarafından seçilen Büyükşehir Belediye Başkanlarının istifaya zorlanmalarına, uzun tutukluluk sürelerinden cezaevlerinde işkence iddialarına, düşünce ve kanaati açıklama hürriyetinin kısıtlanmasından toplantı ve gösteri haklarına ilişkin kısıtlamalara, tutuklu gazetecilerden tahakküm altına alınan medya organlarına kadar hemen hemen tüm alanlarda ciddi eleştiriler getirmekte ve önceki yıllara mukayesen herhangi bir ilerleme kaydedilmediği gibi sayılan alanlarda gerilemelerin devam ettiği açıkça ilan edilmektedir.^[87] Benzer şekilde Freedom House'un da içerisinde bulunduğu derecelendirme kuruluşları Türkiye'nin demokrasi notunu her geçen yıl düşürerek, Türk demokrasisini son birkaç yıldır "hür olmayan ülkeler" kategorisinde değerlendirmektedirler.^[88]

[84] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 125-126.

[85] "European Commission Turkey 2018 Report," European Commission, erişim: 1 Ocak 2019, <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20180417-turkey-report.pdf>.

[86] Raporda 25 kere gerileiş (*backsliding*) kelimesi geçmektedir.

[87] European Commission, "Turkey 2018 Report."

[88] "Freedom in the World 2015: Discarding Democracy: Return to the Iron Fist", Freedom House, erişim: 27 Ocak 2019, www.freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2015

Bu gelişmeler, Türk demokrasisinin artık bir sıfatlı demokrasi olma özelliğini yitirdiği ve onun yerine sıfatlı bir otoriter rejime dönüştüğünü kanıtlar niteliktedir. Esen ve Gümüştü'nün de ifade ettiği üzere, liberal olmayan demokrasiler yahut benzer nitelikteki diğer sıfatlı demokrasiler, medeni hakların ihlaline odaklanmış olmalarına rağmen adil seçimlerin yokluğu neticesinde ortaya çıkan problemlere değinme ihtiyacı hissetmemektedirler.^[89] Bunun nedeni, seçimlerin adil olma asgari şartının sıfatlı demokrasilerde dahi mevcut olmasıdır. Bir başka deyişle, sıfatın demokrasiye eklendiği durumlarda seçimlerin serbest ve adil şekilde yapıldığına ilişkin bir endişe bulunmamaktadır. Böyle bir endişenin mevcut olması, sıfatın demokrasiye değil otoriterizme eklenmesi gerektiği anlamına gelir.

Delegasyoncu demokrasilerde yatay hesap verilebilirlik mekanizmalarının yokluğu sözkonusu iken, rekabetçi otoriter rejimlerde sadece yatay hesap verilebilirlik mekanizmaları değil aynı zamanda dikey hesap verilebilirlik mekanizmaları da problem teşkil etmektedir. Dikey hesap verilebilirlikten kasıt şüphesiz adil ve serbest seçimlerdir. Seçimlerde ortaya çıkan usulsüzlükler, dikey hesap verilebilirlik mekanizmalarının gerektiği şekilde çalışmadığının kanıtıdır. Seçimlerin adil ve serbest olup olmadığı belli başlı kriterlerin mevcut olup olmamasına bağlıdır. Levitsky ve Way belirledikleri dört kriterden birinin yahut birkaçının mevcut olması durumunda seçimlerin adil olduğundan bahsedilemeyeceğini iddia etmektedirler. Yazarlara göre seçimler; a) önemli bir adayın politik gerekçelerle seçimlere girmesinin yasaklandığı b) seçimlerde manipülasyon yapıldığının güvenilir kaynaklarca ortaya konulduğu c) muhalefetin etkili kampanya yürütmesini engelleyecek nitelikte resmi ve gayri resmi engellere başvurulduğu ve son olarak d) oyun alanının eşitsiz olduğu durumlarda serbest ve adil seçimlerden bahsetmek mümkün değildir.^[90]

Her ne kadar bu kriterlerden sadece bir tanesinin mevcudiyeti, seçimlerin serbest ve adil olmadığını kanıtlamak için yeterliyse de, bu kriterlerin çoğunun Türkiye örneğinde mevcut olduğu aşikârdır. Örneğin, 2017 yılında yapılan başkanlık sistemi referandumunda, Yüksek Seçim Kurulunca mühürsüz

[89] Berk Esen and Şebnem Gümüştü, "Rising Competitive Authoritarianism in Turkey," *Third World Quarterly*, 37 no.9, (2016): 1583.

[90] Steven Levitsky and Lucan Way, "The Rise of Competitive Authoritarianism," *Journal of Democracy*, 13, no.2, (2002): 51–65.

pusulaların geçerli olduğuna dair verilen karar seçimlerin adilliğine gölge düşürmektedir. Keza muhalefetin etkili kampanya yürütmesi de resmi ve gayri resmi araçlarla engellenmiştir. 15 Temmuz darbe girişimi sonrası uygulamaya konulan OHAL tedbirleri kapsamında kişiler ve kurumlar, gösteri ve yürüyüş yapma haklarından mahrum bırakılmışlardır. Medya, büyük ölçüde tek yanlı yayın yaparak vatandaşın etkili ve tarafsız bilgi alma hakkından mahrum kalmasına sebebiyet vermiştir.^[91] Gerek cumhurbaşkanlığı seçiminde gerekse 2017 referandumunda, devlet kaynakları tek bir tarafın hizmetine sunulmuş, devlet ile hükûmet arasındaki çizgi kaybolmuş, bu da eşitsiz bir oyun alanının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

[91] “Turkey: Pre-election Takeover of Opposition Media Outlets a Major Blow to Freedom of Expression,” Amnesty International, erişim 28 October 2015, <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/2764/2015/en/>.

SONUÇ

Türk demokrasisi, karşılaştığı problemler nedeniyle ve bunlara çözüm üretme noktasındaki acizyeti ölçüsünde hem delegasyoncu demokrasi hem de yarışmacı otoriterizmin özelliklerini taşımaktadır. Türkiye'nin en ilginç paradoksu, 70 yıllık çok-partili demokratik hayat tecrübesine rağmen anayasacılık ile demokrasi arasında makul bir dengeyi kuramamış olması ve bunun neticesinde de kurumsallaşmış, pekişmiş, liberal bir demokrasiye sahip olamamasıdır.^[92] Uzun süre askeri ve sivil bürokratik vesayet kurumları, halk tarafından yetkilendirilen kişi ve kurumlara güvensizliklerini açık bir şekilde ifade etmiş ve bunun sonucunda da siyasi organların hareket alanını sınırlandırma yoluna başvurmuşlardır.^[93]

Son dönemlerde ise demokrasi ilkesinin, daha doğru bir ifadeyle her şeyi yapma hakkını kendinde gören çoğunlukçu demokrasi anlayışının, anayasa ile korunan temel hak ve özgürlükleri ve devletin kurumsal yapısını önemli ölçüde zayıflattığı ve anayasal denge ve denetim enstrümanlarını etkisiz kıldığı bir anlayışla karşı karşıyayız. Özbudun'un ifadesiyle sağlıklı ve sürdürülebilir bir demokratik rejim için sarkacın bu iki farklı uç arasındaki salınımının sona ermesi gerekmektedir.^[94]

Bu çalışmamızda Türk demokrasisinin sıfatlı demokrasiler ile sıfatlı otoriter rejimler arasında yaklaşık olarak nereye düştüğünü incelemeyi amaçladık. Son birkaç yıla kadarki dönemde, demokrasmizin bir sıfatlı demokrasi türü olan delegasyoncu demokrasiinin özelliklerini önemli ölçüde taşıdığı aşikârdır. Demokrasilerde dikey hesap verilebilirlik mekanizması olan seçimler şüphesiz son derece elzemdir. Ancak tek başına yeterli değildir. Kuvvetler arasında bir denge ve denetleme mekanizmasının kurulması son derece önemlidir. Bu mekanizma, yasama yürütme ve yargı unsurlarının birbirlerini denetlemesi ve dengelemesi anlamına gelir. Bu da etkili kurumların mevcudiyeti ile mümkündür.

Kurumların birbirlerini denetleme ve dengeleme fonksiyonunu etkili bir biçimde yerine getirebilmesi için yatay hesap verilebilirlik mekanizmalarının

[92] Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, 120.

[93] Şerif Mardin, "Center-Periphery Relations: A Key to Turkish Politics?," *Daedalus* 102, no.1 (1973): 169–190.

[94] Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, 8.

oluşturulması gerekir. Delegasyoncu demokrasi bu mekanizmalar ya yoktur ya da son derece zayıftır. Başkan, kendisini denetleyecek organları kendisine ayak bağı olarak görür. Bu nedenle kendisi dışındaki kurumların faaliyetlerini etkili bir şekilde yerine getirebilmesini önlemek amacıyla gerekli adımları atmaktan çekinmez. Türk tipi başkanlık sistemi ile parlamento önemli ölçüde gücünü yitirmiştir. Başkan, kararname yapma yetkisiyle donatıldığından, meclisin yasa yapma yetkisini de kendi elinde toplamıştır. Bir denetleme ve dengeleme unsuru niteliği taşıması gereken parlamento bu işlevini yitirmiştir. Delegasyoncu demokrasi bu gücü törpülenmiş ve bu nedenle işlevsiz hale getirilen bir diğer kurum yargıdır. Yargı, bağımsız olduğu ölçüde iktidarı denetleme fonksiyonunu icra edebilir. Yargının siyasallaşması, aynı zamanda bağımsızlığını kaybettiği anlamına gelir.

Tüm bu problemlerine rağmen, delegasyoncu demokrasi kusurlu da olsa demokrasi dir. Çünkü demokrasi nin asgari şartı olan serbest ve adil seçim şartını sağlamaktadırlar. Delegasyoncu demokrasi de seçimlerin serbest ve adil olduğuna ilişkin bir endişe ve tartışma söz konusu değildir. Dolayısıyla seçimlerin meşruluğuna gölge düşüren uygulamalar, rejimin delegasyoncu demokrasi olmaktan dahi uzaklaştığı anlamına gelmektedir. Son birkaç yılda ortaya çıkan tablo ne yazık ki demokrasi mizin artık delegasyoncu demokrasi nin asgari şartlarını dahi sağlayamadığını kanıtlar niteliktedir. Son yıllarda gerçekleştirdiğimiz seçimlerde ve referandumda ortaya konulan iddialar seçimlerin meşruluğuna gölge düşürmüştür. Ayrıca, oyun alanının önemli ölçüde iktidar lehine yaratıldığı ve devlet ile hükümet arasındaki çizginin kaybolduğu seçimler, rejimin artık delegasyoncu demokrasi den ziyade yarışmacı otoriter rejimlerin şartlarını taşıdığı anlamına gelmektedir.

Öte yandan mevcut rejimi tam otoriter rejim olarak tanımlayan görüşler de gerçekçi değildir.^[95] Tam otoriter rejimlerde seçimlerin kaybedilme ihtimali yoktur. 2019 yılında gerçekleşen yerel seçimlerde iktidar, İstanbul başta olmak üzere önemli illerde belediye başkanlığı seçimini kaybetmiş ve bu makamları, seçimi kazanan parti adaylarına teslim etmiştir.^[96] Yarışmacı otoriter rejimlerin yarışmacı özelliği nedeniyle, iktidarın seçimleri kaybetme

[95] Koray Çalışkan, "Toward a New Political Regime in Turkey: From Competitive Toward Full Authoritarianism," *New Perspectives on Turkey* 58, no 1. (2018): 5-33.

[96] Bu seçimlerde her ne kadar tartışmalı YSK kararıyla İstanbul ilinde seçimleri yenileme yoluna gidilse de netice değişmemiştir.

ihtimali söz konusudur. Dolayısıyla iktidar seçimleri kazanabilmek için *ter dökmek zorundadır*.^[97] Önümüzdeki yıl, demokrasimizin yerini ve kalitesini daha da netleştirecek kritik bir seçimle karşı karşıya kalacağız. Bu seçim, demokrasimizin kalitesini test etmek için önemli bir fırsat. Olası bir muhalefet zaferi neticesinde görev devrinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği yahut ne şekilde gerçekleşeceği, rejimi tasnif etmekte bize yol gösterecektir.

KAYNAKÇA

- Alpan, Başak. “From AKP’s ‘Conservative Democracy’ to ‘Advanced Democracy’: Shifts and Challenges in the Debate on Europe.” *South European Society and Politics* 21 no.1 (2016):15-28.
- Amnesty International. “Turkey: Pre-election Takeover of Opposition Media Outlets a Major Blow to Freedom of Expression.” Erişim 17 Mart 2022. <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/2764/2015/en/>
- Boyunsuz, Şule. Ö. “The AKP’s Proposal for a ‘Turkish Type of Presidentialism’ in Comparative Context.” *Turkish Studies* 17, no.1 (2016): 68-90.
- Charles de Secondat Montesquieu and others. *The Spirit of the Laws*. Cambridge University Press (1989).
- Cheibub, Jose, Elkins, Zachary and Ginsburg, Tom, “Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective.” *Public Law and Legal Theory Working Papers* (2011).
- Collier, David and Levitsky, Steven. “Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research.” *World Politics* 49, no.3 (1997): 430-51.
- Coppedge, Michael. “Eroding Regimes: What, Where, and When?.” *V-Dem Working Paper* 57, no.1 (2017).
- Council of Europe, “Venice Commission Opinion Turkey: Opinion on the Amendments to the Constitution Adopted by the Grand National Assembly on 21 Jnuary 2017.”
- Curato, Nicole. “Participation without Deliberation The Crisis of Venezuelan Democracy.” *Democratic Theory* 1, no.2 (2014): 113-21.

[97] Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 124.

- Çalışkan, Koray. "Toward a New Political Regime in Turkey: From Competitive Toward Full Authoritarianism." *New Perspectives on Turkey* 58, no.1 (2018): 5-33.
- Davies, Christian. "Poland's Supreme Court Constitutional Crisis Approaches a Standoff." *The Guardian*, 02 Temmuz 2018, blm. World news, <https://www.theguardian.com/world/2018/jul/02/polands-supreme-court-constitutional-crisis-comes-to-a-head>.
- Eastwood, David. "Trump and Brexit Have Triggered Two Deep Constitutional Crises." *The Conversation*. Erişim: 11 Ocak 2019, <http://theconversation.com/trump-and-brexit-have-triggered-two-deep-constitutional-crisis-90707>.
- "EIU Democracy Index 2017." Erişim: 1 Ocak 2021, <https://infographics.economist.com/2018/DemocracyIndex/>.
- Esen, Berk and Gümüşçü, Şebnem. "A Small Yes for Presidentialism: The Turkish Constitutional Referendum of April 2017." *South European Society and Politics* 22, no.3 (2017): 303-26.
- Esen, Berk and Gümüşçü, Şebnem. "Rising Competitive Authoritarianism in Turkey." *Third World Quarterly* 37, no.9 (2016):1581-1606.
- "European Commission Turkey 2018 Report." Erişim: 1 Ocak 2019, <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20180417-turkey-report.pdf>.
- Freedom House, "Freedom in the World 2015: Discarding Democracy: Return to the Iron Fist." www.freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2015.
- Gönenç, Levent. "Presidential Elements in Government: Turkey." *European Constitutional Law Review* 4, no.3 (2008): 488-523.
- Gönenç, Levent. *Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı*. 2 Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Gözler, Kemal. "1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme." *Kemal Gözler* (blog), 30 Mayıs 2016, 4. versiyon <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>.
- Gözler, Kemal. "Hukuk Nereye Gidiyor? Gözlemler ve Sorular." Erişim: 1 Ocak 2019, <http://www.anayasa.gen.tr/hukuk-nereye-gidiyor.htm>.

- Gözler, Kemal. “Demokrasi Nereye Gidiyor? Nerede Hata Yaptık?.” *Anayasa Hukuku Dergisi* 7, no.14. (2018): 563-568.
- Gülener, Serdar and Nebi, Miş. “Constitutional Framework of Executive Presidency in Turkey.” *SETA* 29, no.1 (2017).
- Hakyemez, Yusuf. “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 4 (2013): 69-92.
- Horwitz, Morton. J. “Constitutional Transplants.” *Theoretical Inquiries in Law* 10, no.2 (2009): 536-560.
- Huntington, Samuel. P. *Üçüncü Dalga / 20. Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, Çev. Ergun Özbudun Ankara: Kıta Yayınları. (2007)
- Huntington, Samuel. “Democracy for the Long Haul.” *Journal of Democracy* 7, no. 2. (1996): 3-13.
- Kaboğlu, İbrahim. Ö. *15 Temmuz Anayasası*, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2017.
- Kalaycıoğlu, Ersin. “Turkish Popular Presidential Elections: Deepening Legitimacy Issues and Looming Regime Change” *South European Society and Politics* 20 no.2 (2015): 157-179.
- Kelly, Duncan. “Carl Schmitt’s Political Theory of Dictatorship.” in *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, ed. Jens Meierhenrich, Oliver Simons and Duncan Kelly, Oxford University Press, 2013.
- Kingsley, Patrick. “Orban and His Allies Cement Control of Hungary’s News Media.” *The New York Times*, 30 Kasım 2018, blm. World, <https://www.nytimes.com/2018/11/29/world/europe/hungary-orban-media.html>.
- Kuzu, Burhan. *Her Yönü ile Başkanlık Sistemi*. 6. Baskı, İstanbul: Babıali Kültür Yayıncılığı, 2016.
- Landau, David. “Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela: The First Time as Tragedy, the Second as Farce.” in *Constitutional Democracy in Crisis?*, ed. Mark A. Graber, Sanford Levinson, Mark Tushnet, 2018.

- Levitsky, Steven and Lucan, A. Way. *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Levitsky, Steven and Lucan, Way. “The Rise of Competitive Authoritarianism.” *Journal of Democracy* 13, no. 2, (2002): 51–65.
- Levitsky Steven and David, Ziblatt. *How Democracies Die*, Crown Publishing, 2018.
- Linz, Juan. J. ve Alfred, Stepan. *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-communist Europe*. Johns Hopkins University Press, 1996.
- Lührmannm, Anna and Staffan, Lindberg. “A Third Wave of Autocratization Is Here: What is New About It?.” *Democratisation* 26, no. 7 (2019): 1095-1113.
- Mardin, Şerif. “Center-Periphery Relations: A Key to Turkish Politics?.” *Daedalus* 102, no. 1 (1973): 169-190.
- Mete, Muhammet Dervis. “Constitutional Crises and Referendums in Turkey.” *Yasama Dergisi* 44, no. 2 (2021): 61-100.
- Moe, Terry. M. ve Caldwell, Michael. “The Institutional Foundations of Democratic Government; A Comparison of Presidential and Parliamentary Systems.” *Journal of Institutional and Therotical Economics (JITE)* 150, no.1 (1994).
- Munter, Andre. D. “Turkey: The Venice Commission’s Opinion on the amendments to the Turkish Constitution to be submitted to a national referendum on 16April 2017, Highlights.” (European Parliament), (2017). <https://carloscoelho.eu/ed/files/turkey-information-note-venice-commission-s-opinion.pdf>.
- OSCE Report “Türkiye, Anayasa değişikliği referandumunu, 16 Nisan 2017: Sonuç Raporu | OSCE.” Erişim: 1 Ocak 2019, <https://www.osce.org/tr/odihr/elections/turkey/331101>.
- O’Donnell, Guillermo. A. “Delegative Democracy.” *Journal of Democracy* 5, no. 1 (1994): 55-69.
- O’Donnell, Guillermo. A. “Do Economists Know Best?.” *Journal of Democracy* 6, no. 1 (1995): 23-28.

- Özbudun, Ergun. *Contemporary Turkish Politics: Challenges to Democratic Consolidation*. Boulder: Lynne Rienner Pub, 2000.
- Özbudun, Ergun and Ömer, Gençkaya. F. *Democratization and the Politics of Constitution-Making in Turkey*. Central European University Press, 2009.
- Özbudun, Ergun. *Anayasalcılık ve Demokrasi*. 2. Baskı, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Schedler, Andreas. *The Politics of Uncertainty: Sustaining and Subverting Electoral Authoritarianism*. Oxford University Press, 2013.
- Siems, Mathias. *Comparative Law (Law in Context)*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2014.
- Smith, Patrick. (2021) “How the EU is struggling to contain its ‘illiberal’ democracies.” News, 21 Ekim 2021, <https://www.nbcnews.com/news/world/european-union-battling-poland-hungary-illiberal-policies-rcna2888>
- Taş, Hakkı. “Turkey – From Tutelary to Delegative Democracy.” *Third World Quarterly* 36, no. 4 (2015): 776-91.

İnternete Erişim Hakkı

İsmail YÜKSEL*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğretim Üyesi, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. (ismail.yuksel@antalya.edu.tr)

ORCID ID: [0000-0001-8740-3520](https://orcid.org/0000-0001-8740-3520)

Makale geliş tarihi: 8 Kasım 2021 **Makale kabul tarihi:** 30 Mayıs 2022

Atf önerisi: Yüksel, İsmail. “İnternete Erişim Hakkı.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 3 (Temmuz 2022): 141-174. **DOI:** [10.30915/abd.1159396](https://doi.org/10.30915/abd.1159396)

İNTERNETE ERİŞİM HAKKI

ÖZ

İnternetin hayatımızın bir parçası haline gelmesi ile birlikte bu teknolojiye erişimin bir hak olarak düzenlenip düzenlenemeyeceği de tartışma konusu olmuştur. İnternete erişimin bir hak olduğunu savunan yazarların bir kısmı bu hakkın mevcut temel haklardan türediğini, diğer kısmı ise tek başına bir hak olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. COVID-19 döneminde internete erişime duyulan ihtiyaç “dijital uçurum” u belirgin hale getirmiştir. İnternete erişime sahip olanlarla olmayanlar arasında temel hakların kullanılmasından olduğu gibi ekonomik, sosyal ve kültürel alanlardaki uçurum derinleşmiştir. Uluslararası hukukta henüz bir istisna dışında temel hak olarak düzenlenmeyen internete erişim hakkı, yerel hukuklarda anayasal denetim organlarının kararlarıyla ya da evrensel hizmet kanunlarıyla korunmaktadır. Günümüzde sadece Yunanistan Anayasası internete erişimi bir hak olarak düzenlemektedir.

Anahtar kelimeler:

internet

insan hakları

pozitif yükümlülükler

evrensel hizmet

ifade hürriyeti

RIGHT TO INTERNET ACCESS

ABSTRACT

As soon as the internet become a part of our everyday life, whether access to this technology shall be considered a right or not, has been a point of debate. Those who support the right to internet access can be divided into two groups. First group claims that this right is a derivative of long-established rights whereas the second group claims that the right to internet access shall be a standalone right. The need for internet access during COVID-19 highlighted the “digital divide”. The distance between the individuals who does not have internet access and those who have has grown both regarding the enjoyment of fundamental rights as well as the economic, social, or cultural aspects of their lives. In domestic law internet access is protected by constitutional review organs or under universal service acts. Only the Greek Constitution stipulates right to internet access as a standalone right.

Keywords:

internet

human rights

positive obligations

universal service

freedom of expression

GİRİŞ

Türkiye’de internetin hayatımıza yavaş yavaş girdiği, hepimizin kulağında modemlerin o unutulmaz mızıldanmalarının yankılandığı 2001 yılında, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Federal İletişim Komisyonu Başkanı internete erişim için para ayıramayan kişilerle ilgili bir soruya “Sanırım bir Mercedes uçurumu da var, bir tane almak istiyorum ancak alamıyorum!” diye cevap vermiştir.^[1] 2003 yılında yapılan Bilişim Toplumu Dünya Zirvesi’nin hareket planı bilişim teknolojilerinin; kamu idaresi, ticaret, eğitim, sağlık, çevre, tarım ve bilim alanlarında sürdürülebilir gelişimi sağlayabileceğini belirtmektedir.^[2] On yıl sonra yapılan izleme toplantısında ise bilişim teknolojilerinin artık hayatın ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edilmiştir.^[3] “Mercedes uçurumu” nun tespitinden sadece on yıl sonra 2011 yılında ise Birleşmiş Milletler (BM) özel raportörü Frank La Rue internete erişim hakkı üzerine tartışmaları alevlendiren raporunda şu satırlara yer vermiştir;

“Somut siyasalar ve eylem planlarının yokluğunda İnternet sadece belirli bir grup elitin erişebileceği bir teknolojik araç olarak kalacak ve ‘dijital uçurumu’ kalıcı hale getirecektir.^[4] ... ekonomik gelişme ve birçok insan hakkının kullanılmasını kolaylaştıran internet bağlantısı sağlanmadığı takdirde marjinalize edilmiş gruplar ve gelişmekte olan ülkeler dezavantajlı bir pozisyonda sıkışıp kalacaklardır.^[5] ... Devletler interneti herkesin kullanımına sunmak için etkin ve somut politikalar ve stratejiler geliştirmelidir.^[6] ... İnternet; eşitsizliklerle

-
- [1] Michael Karanicolos, “Bridging the Divide: Understanding and Implementing Access to the Internet as a Human Right,” *The Journal of Community Informatics* 10, no. 2 (2014), <https://doi.org/10.15353/joci.v10i2.2648>.
- [2] WSIS, “WSIS Plan of Action,” 2003, par. 14, <https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/poa.html>; “WSIS 2014,” (International Telecommunication Union, 2014), 39-47.
- [3] “WSIS 2014,” 10.
- [4] Frank La Rue, “Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development,” (UN, 16 Mayıs 2011), par. 60, https://doi.org/10.1163/2210-7975_HRD-9970-2016149.
- [5] La Rue, “Promotion and Protection of All Human Rights,” par. 62.
- [6] La Rue, “Promotion and Protection of All Human Rights,” 66.

mücadele etmek, kalkınmayı ve kişinin gelişimini hızlandırmak, bir dizi insan hakkından faydalanmak için vazgeçilmez bir araca dönüştüğünden internete evrensel erişimi sağlamak devletlerin önceliği olmalıdır.”^[7]

İnsan hakları sabit değildir, insan doğasına ilişkin değişmez doğrular olmaktan ziyade toplumla beraber evrim geçirir ve değişirler.^[8] Bilişim teknolojileri yeni insan davranışları oluşturdukça yeni hakların da oluşması kanımızca zorunludur. Bunun belki de en güncel örneği, klasik özel hayatın gizliliği hakkının yeterli korumayı sağlamaması üzerine^[9] 2010 yılında Anayasa’nın 20. maddesinde yerini bulan kişisel verilerin korunması hakkıdır.

İnternete erişim hakkını tartışırken öncelikle bir insan hakkından mı yoksa bir kamu hürriyetinden ya da daha yaygın kullanılan ifadeyle bir temel haktan mı bahsedildiğine açıklık getirmek gereklidir. Pollicinio, tartışmayı bu kavramsal nüansa işaret ederek ele almaktadır. “İnsan Hakları” ve “Temel Haklar” kavramları tüm benzerliklerine rağmen farklı anlamlara sahiptirler. Temel haklar anayasalar tarafından tanınırken, insan hakları daha uluslararası bir anlama sahiptir.^[10] Gözler, insan haklarını “insanların sahip olduğu serbest hareket etme güçleri” olarak tanımlar.^[11] Kapani’ye göreyse insan hakları tüm insanlara tanınması gereken ideal bir haklar listesini ifade ederken; temel haklar kavramı devlet tarafından tanınmış, pozitif hukuka girmiş hakları anlatmaktadır.^[12] Kamu hürriyetleri, insan haklarının bir

[7] La Rue, “Promotion and Protection of All Human Rights,” par. 85.

[8] Paul De Hert ve Dariusz Kloza, “Internet (Access) as a New Fundamental Right. Inflating the Current Rights Rramework?,” *European Journal of Law and Technology* 3, no. 3 (2012): 2.

[9] Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, (Bursa: Ekin Basın yayın Dağıtım, 2017), 161.

[10] Oreste Pollicino, “The Right to Internet Access: Quid Iuris?,” içinde *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, ed. Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken, ve Mart Susi, (Cambridge University Press, 2020), 264, <https://doi.org/10.1017/9781108676106.021>.

[11] Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 85.

[12] Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 1993), 14.

alt kümesini oluştururlar.^[13] Kavramlar arasındaki bu ilişkiye değindikten sonra çözmemiz gereken sorun “Temel Hak ve Hürriyetler” ve “Kamu Hürriyetleri”ni kapsayan “İnsan Hakları” kümesine^[14] yeni hakların eklenmesinin mümkün olup olmadığıdır. Kanımızca bu soruya verilecek cevap tereddütsüz bir “Evet”tir. Bu kabulün ardından gelen soru ise bu eklemenin ahlaki veya felsefi veya sosyolojik yaklaşımlarla elde edilen, olması gereken insan hakları listesinden pozitif hukuka doğru mu, yoksa pozitif hukuktan yani “Kamu Hürriyetleri”nden başlayarak mı gerçekleştiğidir. Aybay, iç hukuk tarafından tanınan kamu özgürlüklerinin uluslararası hukuk tarafından tanındıkça insan hakları arasına girdiklerini belirtmektedir.^[15] Kanımızca her iki seçenek de mümkündür. Bu nedenle “İnsan Hakları” listesine dâhil olmayan bir hak pozitif hukuk tarafından “Temel Hak” haline getirilebilir. En nihayetinde, internet erişiminin bir insan hakkı olup olmadığı sorusunu cevaplarken kanımızca insan haklarının insanca bir yaşamın asgari koşullarını sağladığını^[16] akıldan çıkarmamak gerekir. GlobeScan tarafından 26 ülkede 30 Kasım 2009 ila 7 Şubat 2010 tarihleri arasında 27.000 yetişkin ile yapılan ankette, internet kullananların yüzde seksen yedisi, internet kullanmayanların ise yüzde yetmiş internetin bir temel hak olması gerektiğini belirtmiştir.^[17] Pandemi döneminde ise internet gereksinimi daha önce görülmedik ve beklenmedik bir hızda artmıştır.^[18]

Kişilerin internet üzerinde gerçekleştirdikleri faaliyetlerin bir kısmı zaten hali hazırda diğer temel hak ve hürriyetlerin koruması altındadır. Örneğin ifade hürriyeti fiziksel dünyada sağladığı korumanın aynısını internet

[13] Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 91.

[14] Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 101.

[15] Rona Aybay, *İnsan Hakları Seçilmiş Makaleler* (İstanbul: Pencere Yayınları, 2010), 35.

[16] Reyhan Sunay, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları* (Konya: Çizgi Kitabevi, 2013), 23.

[17] “BBC internet anketi,” erişim 29 Eylül 2021, http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/08_03_10_BBC_internet_poll.pdf.

[18] John Lai ve Nicole O. Widmar, “Revisiting the Digital Divide in the COVID-19 Era,” *Applied Economic Perspectives and Policy* 43, no. 1 (Mart 2021): 462, <https://doi.org/10.1002/aep.13104>.

üzerinde de sağlamaktadır. Çalışmamızda incelenen sorun özgür bir internetin^[19] mümkün ya da gerekli olup olmadığı da değildir. ABD menşeli “İnternet Özgürlüğü” kavramı sansürsüz ve tarafsız bir interneti ele alırken^[20] ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kapsamamaktadır ve önceliği internete erişimi yaygınlaştırmak değildir.^[21] Devlete sadece negatif yükümlülükler getiren bu yaklaşım kişi özgürlüklerini korumada yetersiz kalmaya mahkûmdur. İnternete erişimi olmayan bir kişi için “İnternet Özgürlüğü” anlamsızdır. Sosyal ve ekonomik haklarla desteklenmeyen klasik haklar azınlıklara tanınan haklar olarak kalırlar.^[22] Ekonomik ve sosyal haklar devletin mali kaynakları ölçüsünde hayata geçirilecek olsa da anayasalarda yer almaları en azından devletleri bu yönde acil ve somut adımlar atmaya yöneltmelidir.^[23]

Çalışmada asıl ele alınan nokta, internet üzerindeki davranışların temel hakların hangilerinin koruması altında olduğu ya da internetin hangi temel hakların daha iyi kullanılmasını sağladığı değil; günümüzde internete erişimin insan haysiyetine yaraşır bir yaşamın ayrılmaz parçası olması nedeniyle bir temel hak olarak düzenlenmesinin gerekip gerekmediğidir. COVID-19 sonrası dünyada internet erişimi olmadan kişilerin maddi ve manevi bütünlüğünü geliştirmesi gerçekten mümkün müdür?

[19] Detaylı bir inceleme için bkz. Daniel Joyce, “Internet Freedom and Human Rights,” *European Journal of International Law* 26, no. 2 (Mayıs 2015): 493-514, <https://doi.org/10.1093/ejil/chv021>.

[20] Alberto J. Cerda Silva, “Internet Freedom Is Not Enough: Towards an Internet Based on Human Rights,” *SUR–International Journal of Human Rights* 10, no. 18 (2013): 18.

[21] Silva, “Internet Freedom Is Not Enough,” 21.

[22] Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 83.

[23] Micheal Freeman, *İnsan Hakları: Disiplinler Arası bir Yaklaşım*, çev. Erkan Koca ve Asena Topçubaşı (Ankara: Birleşik Yayınevi, 2008), 192.

I. DİJİTAL UÇURUM VE COVID-19

1990’larda yaygınlaşan “dijital uçurum”^[24] internet erişimi ve bilgisayarları olanlarla olmayanlar arasındaki ayrıma işaret ediyordu ve zamanla uluslararası alanda ülkelerin bilişim teknolojisi alanındaki durumunu ifade etmek için de kullanıldı.^[25] Halen dünya nüfusunun büyük bir bölümü internet bağlantısına sahip değildir.^[26] Dolayısıyla dijital uçurum belki de hiç olmadığı kadar derindir. Tahmin edileceği üzere bu uçurum sosyal ve ekonomik eşitliğe dair diğer ölçümlerle paraleldir.^[27] Gelişmiş ülkeler bu uçurumun avantajlı kıyısındaiken, gelişmemiş ülkeler uçurumdan zarar görmektedir.^[28] Her ne kadar terim akıllara bir tarafın bilişim teknolojilerine hiç erişimi olmadığı ikili bir ayrımı getirirse de, aslında oluşturduğu eşitsizlik toplum boyunca açılan bir yelpazedir.^[29] Bilgiye erişimin ve bilgi dağıtımının ekonomik siyasi ve sosyo-kültürel yaşamın anahtarı olduğu bilgi toplumunda,^[30] bilgisayar ve internet erişimi olmayanlar ciddi biçimde dezavantajlı durumdadırlar.^[31]

Van Dijk, dijital uçurumun etkisini şöyle özetlemektedir;

- “1. Toplumda bulunan kategorik eşitsizlikler (kadın/erkek, genç/yaşlı, engelli/engelli olmayan... gibi) kaynakların dengesiz dağılımına sebep olur
2. Dengesiz dağılım dijital teknolojilere eşit biçimde erişimi engeller

[24] İngilizcesi “Digital Divide”.

[25] Mark Warschauer, “Demystifying the Digital Divide,” *Scientific American* 289, no. 2 (Ağustos 2003): 42.

[26] “WSIS 2014,” 17.

[27] Warschauer, “Demystifying the Digital Divide,” 44.

[28] Jan A.G.M. van Dijk, “A Theory of Digital Divide,” içinde *The Digital Divide: The Internet and Social Inequality in International Perspective*, ed. Massimo Ragnedda ve Ien W. Muschert, (London, New York: Routledge, 2013.), 30.

[29] van Dijk, “A Theory of Digital Divide,” 31.

[30] Jennifer S. Winter, “Is Internet Access a Human Right? Linking Information and Communication Technology (ICT) Development with Global Human Rights Efforts,” *The Global Studies Journal* 5, no. 3 (2013): 41.

[31] van Dijk, “A Theory of Digital Divide,” 46.

3. Dijital teknolojilere eşit biçimde erişilememesi, sosyal hayata eşit biçimde katılımı engeller

4. Sosyal hayata kişilerin eşit biçimde katılamaması kategorik eşitsizlikleri ve kaynakların dengesiz dağılımını destekler.”

Teknolojinin niteliği de bir faktör olarak bu döngüye katılır.^[32] Bilişim teknolojileri cinsler arası eşitliği sağlayabilecek olsa da bu hat üzerinde de bir uçurum oluşmuştur.^[33] Sadece donanıma sahip olunması uçurumun aşıldığı anlamına gelmez, aynı zamanda bu donanımı kullanacak yeteneklerin öğrenilmesi de gerekecektir.^[34] Gereкли yeteneklerin yeterince geliştirilmemesi durumunda cihazlara erişimin artması uçurumu kapatmak bir yana, uçurumun daha da genişlemesine neden olmaktadır.^[35]

Bilişim Toplumu Dünya Zirvesi'nin 10. yılında yapılan izleme toplantısı herkes için bilişim teknolojilerine erişim sağlanmasının, özellikle toplumların zor durumdaki kesimlerinin ekonominin parçası olmasını sağlayacağını belirtmiştir.^[36] Bu doğrultuda mevcut evrensel servis hizmetlerinin geniş bant bağlantıları içerecek şekilde geliştirilmesi önerilmiştir.^[37] Marjinalize edilmiş grupların teknolojiye erişiminin sağlanmasının hedefi, sadece dijital uçurumun kapatılması olmamalı, aynı zamanda bu grupların sosyal hayata dâhil edilmesini de içermelidir.^[38] Yüksek hızda geniş bant bağlantı ekonomik gelişmeye de katkı sağlamakta, medyan hane gelirini yükseltmekte ve işsizliği azaltmaktadır.^[39] Bir ağ toplumuna, başka bir deyişle sosyal ve ortam ağları ile birbirine bağlanmış bireylerden oluşan bir topluma, geçişle beraber

[32] van Dijk, “A Theory of Digital Divide,” 33.

[33] “WSIS 2014,” 11.

[34] van Dijk, “A Theory of Digital Divide,” 34.

[35] van Dijk, “A Theory of Digital Divide,” 47.

[36] “WSIS 2014,” 25.

[37] “WSIS 2014,” 29.

[38] Warschauer, “Demystifying the Digital Divide,” 47.

[39] Lai ve Widmar, “Revisiting the Digital Divide,” 461.

dijital uçurumun dibinde kalanlar için bu durum var olan eşitsizliklerin güçlendirilmesine neden olacaktır.^[40]

Ülkeler dijital uçurumu aşamamış olabileceği gibi; Avustralya örneğinde görüldüğü üzere ülke genelinde olmasa bile, ülkedeki belirli grupların, örneğin 65 yaşın üzerindeki bireylerin,^[41] iletişim teknolojilerinden yeterince yararlanamıyor olması mümkündür. Kanada’da ise şehirlerde geniş bant internete erişim oranı 2007 yılında yüzde altmış dörde ulaşmışken, yerli halkların yaşadığı bölgelerde bu oran, çoğu hala çevirmeli modem kullananlardan oluşmak üzere, yüzde on yedi olarak tespit edilmiştir.^[42] ABD’de de kırsal kesimlerde internet erişimi kentlere göre daha yetersiz durumdadır.^[43] ABD’de 2018 yılı itibarıyla kırsal kesimde 25 megabit/saniye (Mbps) indirme, 3 Mbps yükleme bağlantıya sahip olanların oranı yüzde 69,3’tür.^[44] Geniş çapta internet erişimi toplum içinde eşitliği arttırsa da, özellikle kişilerin geliri nedeniyle dijital uçurumun dibinde kalması, internet erişiminin sağladığı faydaların sosyo-ekonomik elitin elinde kalmasına neden olabilir.^[45]

Bir cihaz üzerinden hafif kullanım için 3-8 Mbps bağlantı hızına ihtiyaç vardır. 25 Mbps’nin altındaki hızlar bir veya iki cihazın aynı anda internete bağlanmasını sağlarken, yüksek çözünürlüklü görüntü alabilmek için 50 Mbps’nin üzerinde bir bağlantı hızı gerekir.^[46] Bu nedenle düşük bağlantı

[40] van Dijk, “A Theory of Digital Divide,” 49.

[41] Australian Human Rights Commission, “A right to access the Internet,” Devlet, Australian Human Rights Commission, 24 Eylül 2021, 3, <https://humanrights.gov.au/our-work/8-right-access-internet>.

[42] Karanicolas, “Bridging the Divide.”

[43] Lai ve Widmar, “Revisiting the Digital Divide,” 459.

[44] Federal Communications Commission, “2018 Broadband Deployment Report”, 22, <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-18-10A1.pdf>.

[45] Ryan Shandler ve Daphna Canetti, “A Reality of Vulnerability and Dependence: Internet Access as a Human Right”, *Israel Law Review* 52, sy 1 (Mart 2019): 85, <https://doi.org/10.1017/S0021223718000262>.

[46] USA Federal Communications Commission, “Household Broadband Guide,” https://www.fcc.gov/sites/default/files/household_broadband_guide.pdf.

hızlarına sahip hanelerde, COVID-19 sırasında yetişkinler uzaktan çalışırken, öğrencilerin uzaktan eğitim alması mümkün olmamıştır.^[47]

ABD’de; internet erişimi sağlamak için okul otobüsleri kullanarak hareketli bağlantı noktaları yaratılmış, kamu kurumlarından ve kütüphanelerden erişim sağlanmış olsa da; ebeveyn desteğinin olmaması, bağlantı sağlanan yere gidilmesinin gerekmesi gibi nedenlerle bunlar evden bağlantıya göre daha verimsizdir.^[48]

Sadece eğitim değil sağlık alanında da dijital uçurumun olumsuz etkileri gözler önüne serilmiştir. İnternet tabanlı sağlık uygulamaları internete erişimi olmayan kişileri ve grupları ıskalamıştır.^[49] Bunun üzerine, sağlık sektörünün gelecekte internet üzerinden daha fazla hizmet vermesinin muhtemel olduğu da unutulmamalıdır.^[50]

2008 yılında Avrupa Birliği (AB) genelinde bir kişiye bağımlı olarak evden çalışanların oranı yüzde sekizin altındayken, bu oran 2019 yılında yüzde on bir seviyelerinde olmuştur. Bu kişilerin yüzde üç nokta ikilik kısmı mutad biçimde evden çalıştıklarını belirtmiş ve bu oran yıllar içinde değişiklik göstermemiştir.^[51] COVID-19 tedbirlerinin başlamasıyla beraber evden çalışma oranı yüzde otuz dokuza çıkmıştır.^[52] ABD’de çalışanların yüzde elli üçü işlerinin bir kısmını evden yaptıklarını belirtirken, yüzde kırk biri tüm işlerini evden yaptıklarını belirtmiştir.^[53] Bilişim teknolojileri yardımıyla

[47] Lai ve Widmar, “Revisiting the Digital Divide,” 460.

[48] Lai ve Widmar, “Revisiting the Digital Divide,” 462.

[49] Anita Ramsetty ve Cristin Adams, “Impact of the Digital Divide in the Age of COVID-19,” *Journal of the American Medical Informatics Association* 27, no. 7 (Temmuz 2020): 1147, <https://doi.org/10.1093/jamia/ocaa078>.

[50] Ramsetty ve Adams, “Impact of the Digital Divide,” 1148.

[51] Matteo Sostero vd., “JRC Technical Report: Teleworkability and the COVID-19 Crisis: A New Digital Divide?,” (European Commission, 2020), 8.

[52] Sostero vd., “JRC Technical Report,” 21.

[53] Sostero vd., “JRC Technical Report,” 26.

evden çalışabilen kişiler COVID-19 tedbirlerinden en az etkilenenler olmuş; bu kişiler işlerini koruyabilmiş, çalışma saatleri ve gelirleri azalmamıştır.^[54]

Özetle COVID-19 salgını döneminde yaşanan tecrübeler insan faaliyetlerinin çok büyük bir kısmının internet üzerinden gerçekleştirilebileceğini kanıtlamakla kalmamış, aynı zamanda internet bağlantısına sahip olmayan bireylerin sahip olanlara göre ne derece dezavantajlı bir durumda olduklarını gözler önüne sermiştir.

II. HAK OLMAMASI YÖNÜNDEKİ GÖRÜŞLER

Aşağıda görüleceği üzere internet erişiminin ayrı bir hak olamayacağı yönündeki görüşler minimalist bir yaklaşım üzerine kuruludur. Minimalist yaklaşım insan haklarını “negatif haklar” olarak tanımlamaktadır. Bu görüşe göre insan hakları listesi en geniş mutabakatı sağlayabilmelidir.^[55] Bununla beraber günümüzde negatif hakların yanında kimi pozitif haklar da insan hakları listesine dâhil olmuştur.^[56] Kanımızca sosyal, ekonomik ve kültürel hakları korumaya alınmamış bireylerin negatif hürriyetlerden de yararlanması mümkün değildir. Birey ancak ve ancak tüm haklardan tam yararlandığında özgür olabilir.^[57] Bu nedenle kanımızca internet erişiminin bir temel hak olarak anayasal korumaya sahip olması gerekir. Aşağıdaki paragraflarda bu görüşü reddeden yazarların fikirlerine yer verilmiştir.

Her ne kadar insan hakları alanında hiçbir çalışması bulunmuyor olsa da Winton Grey Cerf’in, internetin kurucularından sayıldığından olsa gerek, kaleme aldığı bir yazı geniş yankı uyandırmıştır. Cerf’e göre temel haklar inanç hürriyeti ya da ifade hürriyeti gibi insanın anlamlı bir hayat yaşamasını sağlayan haklardır ve belirli bir teknoloji bu kutlu listeye giremez.^[58]

[54] Sostero vd., “JRC Technical Report,” 59.

[55] Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 5. baskı (Ankara: Orion Kitabevi, 2016), 65.

[56] Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 67.

[57] Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007), 73.

[58] Winton G. CERF, “Internet Access Is Not a Human Right,” *New York Times*, 04 Ocak 2021, <https://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/>

Mathiesen'in haklı olarak belirttiği gibi Cerf, ikinci nesil hakları görmezden gelmektedir.^[59]

Skepys söze tıpkı internet erişimi gibi, Türkiye Cumhuriyeti (T.C.) Anayasası'nın 50. maddesinde kendisine yer bulan, ücretli tatil hakkının da bir temel hak olmadığını söyleyerek başlar.^[60] Devamında bağımsız bir internet erişimi hakkı için tespit ettiği beş gerekçeyi çürütmeye girişir; ilk olarak iletişim gerekçesini ele alır ve iletişimin insanca yaşam için gerekli olmadığını ve bu nedenle iletişime dayanan gerekçelerin kabul edilemeyeceğini iddia eder.^[61] Otonomiye dayanan gerekçelerin ise belirsiz olduğunu ve internet erişiminin otonomi için gerekli olup olmadığını bilmediğini, dahası internete erişimi olmayan kişilerin de otonomi sahibi olabileceğini belirtir.^[62] Dijital uçurumun fırsat eşitliğini ortadan kaldırmasına yönelik argümanları ise Suudi Arabistan'da kadınlara yönelik ayrımcılığı örnek vererek çürütmeye çalışır.^[63] İfade hürriyeti, örgütlenme hürriyeti ve demokratik katılıma dayanan gerekçeleri ise başka mecralar açık olduğu sürece internet erişiminin olmamasının bu etkinlikleri etkilemeyeceği gerekçesiyle reddeder.^[64]

Ayaz ve Işıklı, temel haklar listesine yapılacak eklemelerin insan hakları nosyonunu değersizleştirebileceği gerekçesiyle; internetle ilgili bir hakkı, her teknoloji geliştiginde yeni bir hakkın eklenmesine kapı aralayacağı için, tehlikeli bulmaktadır.^[65] Yazarlar internet erişim hakkının ifade hürriyeti

[internet-access-is-not-a-human-right.html](https://doi.org/10.1080/08900523.2014.863124).

[59] Kay Mathiesen, "Human Rights for the Digital Age," *Journal of Mass Media Ethics* 29, no. 1 (02 Ocak 2014): 6, <https://doi.org/10.1080/08900523.2014.863124>.

[60] Brian Skepys, "Is There a Human Right to the Internet?," *Journal of Politics and Law* 5, no. 4 (29 Kasım 2012): 15, <https://doi.org/10.5539/jpl.v5n4p15>.

[61] Skepys, "Is There a Human Right to the Internet?," 20.

[62] Skepys, "Is There a Human Right to the Internet?," 21.

[63] Skepys, "Is There a Human Right to the Internet?," 21.

[64] Skepys, "Is There a Human Right to the Internet?," 22-23.

[65] Taner Ayaz ve Şevki Işıklı, "Bir İnsan hakkı Olarak İnternet Erişimi: Herkes İçin İnternet Tartışması," *Sophos: Uluslararası Bilişim, Teknoloji ve Felsefe Dergisi*, no. 4 (2020): 9.

kapsamında anayasa altı bir normla korunmasının daha uygun olacağını ileri sürmektedirler.^[66] Ayaz ve Işıklı, ancak doğal hukuk öğretisinin yarattığı hakların temel hak olarak kabul edilebileceği^[67] yanılığısına düşmüşlerdir, internet hakkı talebini birinci nesil haklarla kıyaslamakta; insan hakları alanındaki neredeyse yüzyıllık değişimi görmezden gelmektedirler. Kanımızca internete erişim talebi ile ikinci nesil haklar arasında neredeyse fark bulunmamaktadır.

Hert ve Kloza da internete erişimi engellenmemesi gereken bir negatif statü hakkı olarak algılamakta, internete erişim sağlanmasını ise evrensel hizmet kapsamında ele almaktadırlar.^[68]

III. HAK OLMASI YÖNÜNDEKİ GÖRÜŞLER

Sanayi Devrimi'nin toplumda yarattığı değişiklikler nasıl ikinci kuşak hakların doğmasına neden olduysa,^[69] bilişim teknolojileri de en azından ilk Sanayi Devrimi ile aynı oranda bireyin hayatını ve toplumun yapısını değiştirmiştir. Bilişim toplumunda, dijital bağlantının sunduğu olanaklardan yararlanmadan insanca bir hayat sürülmesi kanımızca mümkün değildir. Hert ve Kloza'nın da haklı olarak belirttiği gibi mevcut insan kataloğu internet üzerindeki faaliyetleri korusa da internet erişimi özelinde eksik kalmaktadır.^[70]

Wang'a göre internete erişim hakkının doğal hukuk anlayışına bağlı kalınarak savunulabilmesi, insan doğasının en temel değerlerinin korunması için vazgeçilmez olduğunun ispatlanmasına bağlıdır.^[71] Wang internet erişiminin özellikle ifade hürriyeti ve demokrasinin korunması için vazgeçilmez

[66] Ayaz ve Işıklı, "Bir İnsan hakkı Olarak İnternet Erişimi," 11.

[67] Ayaz ve Işıklı, "Bir İnsan hakkı Olarak İnternet Erişimi," 14.

[68] Hert ve Kloza, "Internet (Access) as a New Fundamental Right," 3.

[69] Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, 37.

[70] Hert ve Kloza, "Internet (Access) as a New Fundamental Right," 13.

[71] Xiaowei Wang, "Time to Think about Human Right to the Internet Access: A Beitz's Approach," *Journal of Politics and Law* 6, no. 3 (29 Ağustos 2013): 68, <https://doi.org/10.5539/jpl.v6n3p67>.

olduğunu^[72] ve bu aracın devletin müdahalesine fazlasıyla açık olması^[73] nedeniyle temel hak haline getirilmesini savunmaktadır.^[74]

Winter, küresel ağa erişimin demokrasinin ve insan haklarının korunması için vazgeçilmez olduğunu belirtir.^[75] Kurt, sadece internet bağlantısının olmasını yeterli görmemekte aynı zamanda hızlı, ucuz ve sansürsüz bir bağlantının gerekli olduğunu belirtmektedir.^[76]

Shandler ve Canetti, internete erişimin bir insan hakkı haline gelmesi için dört somut hukuki dayanak sıralamaktadır. Bunlardan ilk ikisi internet erişiminin ifade hürriyeti ile bağlantısına dayanır; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 19. maddesi,^[77] BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesinin 2. fıkrası.^[78] Üçüncüsü ise ulusal uygulamaların ve uluslararası alanda yükselen kurumsal desteğin, internet erişimi hakkını uluslararası teamül hukukunun bir parçası haline getirmiş olmasıdır.^[79] Dördüncü dayanak ise birçok temel hakkın bir daha ayrılamayacak derecede internete erişimle birleşmesi nedeniyle internetin türev bir hak olarak korunması zorunluluğuna^[80] dayanmaktadır. Matbaanın keşfinden sonra basın yayın hürriyetinin ifade hürriyetinden doğmasında olduğu, internet erişimi de etki bakımından doğduğu haklardan farklı olmayan bir türev hak olabilir.^[81] Tıpkı ilk anayasalar kaleme alınırken yaşayanlar gibi, günümüzün bloggerlarının

[72] Wang, "Time to Think about Human Right," 72.

[73] Wang, "Time to Think about Human Right," 73.

[74] Wang, "Time to Think about Human Right," 74.

[75] Winter, "Is Internet Access a Human Right?," 469.

[76] Z. Emre Kurt, "Ucuz, Sansürsüz ve Hızlı İnternete Erişim Hakkı," *Ankara Barosu Dergisi* 72, no. 2 (2015): 291.

[77] Shandler ve Canetti, "A Reality of Vulnerability and Dependence," 92.

[78] Shandler ve Canetti, "A Reality of Vulnerability and Dependence," 91.

[79] Shandler ve Canetti, "A Reality of Vulnerability and Dependence," 93.

[80] Shandler ve Canetti, "A Reality of Vulnerability and Dependence," 94.

[81] Shandler ve Canetti, "A Reality of Vulnerability and Dependence," 94.

da kullandıkları teknolojiler basın hürriyeti kapsamında korunmalıdır.^[82] Shandler ve Canetti'nin katıldığımız görüşüne göre en temel siyasi ve sosyal faaliyetlerimiz için internete bağımlı haldeyiz ve bu bağımlılık git gide daha büyük bir hızla artacaktır.^[83] Kanımızca, Shandler ve Canetti'nin dile getirmedikleri bireylerin ve toplumların ekonomik faaliyetleri, sosyal ve siyasi faaliyetleri kadar önemlidir ve belki de daha da fazla internete bağımlı hale gelmiştir.

Reglitz, bu hakkın sansürsüz olmanın yanı sıra ücretini karşılayamayacak kişilere de bedelsiz sunulmasının gerektiğini savunmaktadır.^[84] Yazara göre günümüzde kişinin insan haysiyetine yaraşır bir yaşamın önemli unsurlarını sağlaması için internete erişimin talep edilmesi acil hale gelmiştir.^[85]

Wang de, internet erişiminin demokrasiye atıfla ve ona bağlı olarak korunması gerektiğini savunmaktadır.^[86] Yazara göre eğer internet demokrasinin gelişmesi için önemliyse ve eğer demokratik bir rejimde yaşamak insan hakkıysa; internete erişim demokrasi açısından bir araç olarak taşıdığı önem nedeniyle bir temel hak olarak kabul edilmelidir.^[87]

İnternetin yirmi yıl gibi gerçekten çok kısa bir zamanda siyasi diyalogun ve katılımın doğasını değiştirdiği ve yaygın kullanımının kamusal tartışmaları daha demokratik hale getirdiği^[88] ve ifade hürriyetiyle örgütlenme hürriyeti alanında devrim yarattığı^[89] fikirlerine katılmamak mümkün değildir.

[82] Stephen B. Wicker ve Stephanie M. Santoso, "Access to the Internet Is a Human Right," *ACM Transactions in Accessible Computing* 56, no. 6 (Haziran 2013): 43, <https://doi.org/10.1145/2461256.2461271>.

[83] Shandler ve Canetti, "A Reality of Vulnerability and Dependence," 95.

[84] Merten Reglitz, "The Human Right to Free Internet Access," *Journal of Applied Philosophy* 37, no. 2 (Mayıs 2020): 314, <https://doi.org/10.1111/japp.12395>.

[85] Reglitz, "The Human Right to Free Internet Access," 315.

[86] Xiaowei Wang, "A Human Right to Internet Access: A Gewirthian Approach," *Frontiers of Philosophy in China* 11, no. 2 (2019): 653.

[87] Wang, "Time to Think about Human Right," 667.

[88] Shandler ve Canetti, "A Reality of Vulnerability and Dependence," 79.

[89] Shandler ve Canetti, "A Reality of Vulnerability and Dependence," 80.

Demokrasi için bilişim teknolojilerinin kullanımına dair bir savunu da 2010 sonlarında “Arap Baharı” olarak anılan olaylardır. Winter, bu olayların bilişim teknolojilerinin demokrasi için potansiyelini sergilediğini belirtmektedir.^[90]

İnternet erişimi sağlanması için devletlerin kaynak ayırması şart olduğundan bu hak, tıpkı eğitim hakkında olduğu gibi, ancak devletlerin kaynakları ölçüsünde bir pozitif yükümlük doğuracaktır.^[91] Bununla beraber Avcı'nın haklı olarak belirttiği gibi kişilerin internette gereği gibi faydalanmasını sağlayacak yasal düzenlemeleri yapmak da devletin pozitif yükümlülüklerinin parçasıdır^[92] ve bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde mali kaynaklar bahane oluşturmamaktadır.

Mathiesen de internet erişim hakkının negatif boyutunun devletlerin sansür uygulamadan internet erişimi ve kullanımı için ağır yükler getirmemek; devletin pozitif yükümlülüklerinin ise, örneğin *net-neutrality*'i sağlayacak, hukuki altyapıyı hazırlamak ve kendi bilgisayarını ve bağlantısını maddi olarak karşılayamayacak kişilere bağlantı ve donanım sağlamak olması gerektiğini söyler.^[93]

Oyedemi, bireyin topluma katılabilmesi ve faaliyet gösterebilmesi için kimi kaynaklara ihtiyacı olduğu gerçeğine dayanarak argümanını kurmaktadır.^[94] Bizim de katıldığımız üzere Oyedemi, internete erişimin klasik üçlü hak ayrımındaki tüm hak grupları için etkili olduğunu belirtmektedir.^[95] Devlet hem internete erişimi engellememeli hem de erişme olanağı olmayanlara yardımcı olmalıdır.^[96]

[90] Winter, “Is Internet Access a Human Right?,” 37.

[91] Aynı yönde bkz. Karanicolas, “Bridging the Divide.”

[92] Artun Avcı, *Türkiye’de İnternet ve İfade Özgürlüğü* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013), 249.

[93] Mathiesen, “Human Rights for the Digital Age,” 12.

[94] Toks Oyedemi, “Internet Access as Citizen’s Right? Citizenship in the Digital Age,” *Citizenship Studies* 19, no. 3-4 (03 Nisan 2015): 451, <https://doi.org/10.1080/13621025.2014.970441>.

[95] Oyedemi, “Internet Access as Citizen’s Right,” 452.

[96] Oyedemi, “Internet Access as Citizen’s Right,” 453.

A) DİĞER HAKLARIN TÜREVİ OLARAK İNTERNETE ERİŞİM HAKKI

İletişim hakları hem ifadeye hem de bu ifadenin kullandığı araçlara serbestçe erişimi kapsamaktadır.^[97] İnternete erişim çoğu zaman bu yaklaşımla, ifade hürriyetinin altında, ona bağlı olarak korunmaktadır.

Wicker ve Santoso da internet erişimini ifade hürriyeti, örgütlenme hürriyeti ve siyasi katılımı olan bağlantısı nedeniyle korunmaya değer bulmaktadır.^[98] Yazarlar bu argümanlarını internetin bugüne kadar var olan kitle iletişim araçlarının izin verdiği dikey kullanıma alternatif sunması ve kendisinden önceki tüm teknolojilere kıyasla sunduğu imkânların sınırsızlığıyla desteklemektedir.^[99] Bununla beraber Wicker ve Santoso da internetin diğer insan haklarıyla neredeyse tamamıyla bütünleştiğini ve bu nedenle internete bir hak statüsü tanınmamasının diğer hakları da küçülteceğini kabul etmektedir.^[100]

Reglitz de internet erişiminin, bir insan hakkı olup olmadıkları hususunda tartışma olmayan diğer temel hakların korunmasında ve geliştirilmesinde oynadığı rol nedeniyle, evrensel olarak tanınan bir hak olması gerektiğini savunmaktadır.^[101] Aynı akıl yürütmenin devamında yazar ifade hürriyeti ya da örgütlenme hürriyeti alanlarında, internet erişimi olmayanların olanlara göre ciddi şekilde dezavantajlı olduğunu belirtmektedir.^[102] Özellikle küresel aktörlere karşı her tür mücadelede internetin zorunlu bir araç olduğunu savunmaktadır.^[103]

Land, BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin (BMSMHS) 19. maddesinin doğrudan internet hakkını korumasa da, ifadelerin aktarıldığı mecraları ve tıpkı internette olduğu gibi ilerleyen yıllarda gelişecek olan

[97] Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları–Kavram, Kaynakları ve Koruma Sistemleri*, 2. baskı (Ankara: İmaj Kitabevi, 2010), 198.

[98] Wicker ve Santoso, "Access to the Internet Is a Human Right," 44.

[99] Wicker ve Santoso, "Access to the Internet Is a Human Right," 45.

[100] Wicker ve Santoso, "Access to the Internet Is a Human Right," 469.

[101] Reglitz, "The Human Right to Free Internet Access," 316, 317.

[102] Reglitz, "The Human Right to Free Internet Access," 317.

[103] Reglitz, "The Human Right to Free Internet Access," 319.

teknolojileri de koruduğunu savunmaktadır.^[104] Land, kanımızca da haklı olarak ifade hürriyeti özelinde BMSMHS'nin 19. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "... kendi tercih ettiği herhangi bir iletişim vasıtasıyla ..." ifadesinin hem internet hem de ileride keşfedilecek diğer teknolojileri de koruduğunu ileri sürmektedir.^[105]

B) BAĞIMSIZ BİR HAK OLARAK İNTERNET

Pollicino, bir sosyal hak olarak internete erişim hakkının anayasa tarafından korunmasının, bu hakkı ifade hürriyetinin egemenliğinden çıkartmaya yarayacağını ve kimi ulusal hukuklarda anayasa altı normlarla korunan hakka anayasal koruma sağlayacağını savunmaktadır.^[106]

Best, internetin diğer hakları destekleyen bir araç olarak önemini kabul etmekle birlikte,^[107] bağımsız bir hak olması gerektiğini düşünür.^[108] Yazara göre internete erişememek bilgiye erişememektir ve sadece bu yüzden dahi internet erişiminin temel hak olması gerekir.^[109]

Bilaney ve Thampi, COVID-19 salgını sırasında internet gereksiniminin adeta bir paradigma kaymasına uğradığını ve internete erişimin artık başka haklar vasıtasıyla değil doğrudan bağımsız bir hak olarak korunması gerektiğini savunmaktadır.^[110] Yazarlara göre internet artık insan varoluşunun yaşamsal bir parçası haline gelmiştir.^[111] Özellikle salgın şartları altında

[104] Molly Land, "Toward an International Law of the Internet," *Harvard International Law Journal* 54, no. 2 (458 393M.S.): 394.

[105] Land, "Toward an International Law of the Internet," 408.

[106] Pollicino, "The Right to Internet Access," 271.

[107] Michael L Best, "Can the Internet Be a Human Right?," *Human Rights & Human Welfare* 4, no. 1 (2004): 24.

[108] Best, "Can the Internet Be a Human Right?," 23.

[109] Best, "Can the Internet Be a Human Right?," 24.

[110] Kunal Bilaney ve Gauri Thampi, "Internet Access as an Independent Human Right: A Palpable Consequence of the Covid-19 Pandemic?," *Kathmandu School of Law Review*, 2020, 83, <https://doi.org/10.46985/kslr.v8i2.2154>.

[111] Bilaney ve Thampi, "Internet Access as an Independent Human Right," 97.

internet, diğer hakların kullanımını kolaylaştıran bir araç olmaktan çıkıp, hakların kullanılmasının yegâne yolu haline gelmiştir.^[112]

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İNTERNETE ERİŞİM HAKKI

Uluslararası hukuk alanında internet çoğunlukla tek başına bir hak olarak değil, diğer hakların kullanılmasını kolaylaştıran bir araç olarak görülmekte ve devletlere internete erişime dair hem negatif hem de pozitif yükümlülükler getirilmektedir.^[113] Uluslararası insan hakları belgelerinde internet erişimi BM Engelli Bireylerin Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde bağımsız bir hak olarak 21. maddesinde ise ifade hürriyetinin kullanılmasına katkı sağlayacak bir araç olarak düzenlenmiştir.^[114] Buna karşın Pollicino, internet erişiminin tek başına, ayrı bir insan hakkı olarak henüz uluslararası hukuk belgelerinde yer almadığını belirtmektedir.^[115]

İnternet erişimi birçok ülkede evrensel hizmet kapsamına alınmıştır. Evrensel hizmet ilkesi 20. yüzyılın büyük bölümünde bilgi politikalarının temeli olmuştur. Evrensel hizmet kısaca toplumun tüm üyelerinin kamuya açık bir ağdaki asgari servise erişebilmeleri anlamına gelir.^[116] Özel teşebbüslerin kârlı görmedikleri abonelere hizmet sunmaları zorunlu hale getirilmekte ve birçok ülkede bu maliyetin karşılanması için sektörde bulunan firmaların net gelirlerinin bir kısmı bir havuzda toplanmaktadır.^[117] Ülkemizde evrensel hizmet kapsamında verilen hizmet AB ve üye ülkelerin mevzuatında da olduğu gibi önceden belirlenen kalitede, erişilebilir şekilde ve makul bir bedel karşılığında sunulmalıdır.^[118]

[112] Bilaney ve Thampi, "Internet Access as an Independent Human Right," 95.

[113] Pollicino, "The Right to Internet Access," 265.

[114] UN, "Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol," par. 9-21.

[115] Pollicino, "The Right to Internet Access," 266.

[116] Winter, "Is Internet Access a Human Right?," 45.

[117] Bülent Kent, "Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 2 (01 Nisan 2012): 179.

[118] Kent, "Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı," 183.

AB Evrensel Hizmet Yönergesi, ağ kullanıcılarının çoğunluğu tarafından kullanılan teknolojiler dikkate alındığında çalışan bir bağlantı sağlayabilecek yeterlilikte bant genişliği sağlanmasını gerektirmektedir.^[119]

AB internete erişimi bir temel hak olarak kabul etmemiş ancak evrensel hizmet kapsamında düzenlemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de internet erişimini ifade hürriyetinin kullanımı için sağladığı olanaklara odaklanarak ele almakta ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi kapsamında korumaktadır.^[120]

Finlandiya'nın, 2010 yılında geniş bant interneti bir temel hak olarak kabul eden ilk ülke olduğu iddia edilse de^[121] Pollicino'nun belirttiği üzere Finlandiya düzenlemesi anayasa altı bir normla yapılmıştır.^[122] Finlandiya'da internete erişim AB'de olduğu gibi anayasa tarafından değil, İletişim Piyasası Kanunu'nun (60 c) maddesi ile güvence altına alınmıştır. Maddeye göre evrensel hizmet sağlayıcı tüm kullanıcılar için uygun internet bağlantısını da sağlamak zorundadır.^[123] Finlandiya Ulaşım ve İletişim Bakanlığı 2009 yılında bu asgari bağlantıyı 1 Mbps indirme hızı olarak belirlemiştir.^[124]

[119] “Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 Amending Directive 2002/22/EC on Universal Service and Users' Rights Relating to Electronic Communications Networks and Services, Directive 2002/58/EC Concerning the Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Electronic Communications Sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on Cooperation between National Authorities Responsible for the Enforcement of Consumer Protection Laws”, 26.

[120] ECHR Press Unit, “Factsheet – Access to Internet and Freedom to Receive and Impart Information and Ideas”, Mart 2021, 1, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Access_Internet_ENG.pdf.

[121] Winter, “Is Internet Access a Human Right?”, 47.

[122] Pollicino, “The Right to Internet Access,” 268.

[123] “Finlandiya İletişim Piyasası Kanunu, Resmi İngilizce Çevirisi,” erişim 19 Ekim 2019, <https://finlex.fi/en/laki/kaannokset/2003/en20030393.pdf>.

[124] “Decree of the Ministry of Transport and Communications, Finlandiya”, erişim 19 Ekim 2021, <https://finlex.fi/en/laki/kaannokset/2009/en20090732.pdf>.

Türkiye’de de internet erişimi 2008 yılında evrensel hizmet kapsamına alınmıştır.^[125]

Fransız Anayasa Konseyi 2009 tarihli bir kararında fikri ve sınai hakların, internet ortamında ifade hürriyetinin sınırlanmasının gerekçesi olabileceğini reddetmiştir. Konsey bu kararında bilgisayar ağlarına erişimi temel hak benzeri kabul etmiştir.^[126] Fransız Anayasa Konseyi kararında internete erişimin, ifade hürriyeti ve demokrasi için taşıdığı önem nedeniyle Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin 11. maddesinin koruması kapsamına girdiğini belirtmiştir.^[127] Bununla beraber Fransız Anayasa Konseyine göre internet sadece ifade hürriyetinin değil, birçok temel hakkın kullanılmasının ayrılmaz parçası haline gelmiştir.^[128] Lucchi, Fransız Anayasa Konseyinin sağladığı bu korumanın internet erişimini bir temel hak haline getirmediğini, sadece ifade hürriyetini koruma alanına dâhil ettiğini belirtmektedir.^[129]

Kosta Rika Yüksek Mahkemesi 2017^[130] yılında yapılan bir bireysel başvuru sonucunda, ilk kez 2010^[131] yılında verdiği internete erişimin bir temel hak olduğu yönündeki içtihadını yinelemiştir.^[132] Kosta Rika Yüksek

[125] *Evrensel Hizmet Kanunu* 5396 § (2005).

[126] Nicola Lucchi, “Access to Network Services and Protection of Constitutional Rights: Recognizing the Essential Role of Internet Access for Freedom of Expression,” *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 19, no. 3 (2011): 654.

[127] Nicola Lucchi, “The Role of Internet Access in Enabling Individual’s Rights and Freedoms,” EUI RSCAS, 2013/47, Centre for Media Pluralism and Media Freedom (CMPF) - <http://hdl.handle.net/1814/27435>.

[128] Lucchi, “The Role of Internet Access.”

[129] Lucchi, “The Role of Internet Access.”; Pollicino, “The Right to Internet Access,” 267.

[130] İspanyolca metin: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-721662>

[131] İspanyolca metin: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-483875>

[132] <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/valdelomar-and-sibaja-v-costa-rican-superintendence-of-telecommunications/> son erişim: 11 Ekim 2021, 15:37.

Mahkemesine göre internet hızının etkin kullanımı engelleyecek bir hıza düşürülmesi bile temel haklara müdahale oluşturacaktır.^[133]

Hindistan'da da internete erişim mahkeme içtihatlarıyla ifade hürriyeti, özel hayatın gizliliği ve eğitim hakkı kapsamında korunmaktadır.^[134]

Ekvador Anayasası'nın 16. maddesinin ikinci fıkrası ise “*Herkes bilişim ve haberleşme teknolojilerine evrensel erişim hakkına sahiptir.*” hükmünü içermektedir.^[135] Kanımızca bu fıkra devlete sadece negatif bir yükümlülük getirmekte, hizmetin bireyler arasında ayrımcılık yapılmadan sunulmasını sağlamaktadır.

Portekiz 17 Mayıs 2021 tarihli ve 27/2021 sayılı kanun ile Portekiz Bilişim Çağında İnsan Hakları Beyannamesi'ni kabul etmiştir. Kanun'un 3. maddesi internet erişimi hakkına ayrılmış, hem özgür ve eşit internet ilkesi kabul edilmiş hem de devlete internet erişiminin ülke çapında sağlanması için pozitif yükümlülükler getirilmiştir.^[136] İspanya'da da internet erişimi bir kanundan kaynaklı bir hak olarak düzenlenmiştir.^[137] Portekiz Anayasası'nda ise sadece, aslen kişisel verileri düzenleyen 35. maddenin 6. fıkrasında, herkesin kamuya açık bilişim ağlarına özgürce erişebileceği düzenlenmiştir.^[138]

Estonya'da, her ne kadar anayasada yer almasa da, internet erişimi bir temel hak olarak kabul edilmektedir.^[139]

[133] Wendy Anders, “Costa Rica’s High Court Orders Changes to Internet Speed Restrictions,” *The Costa Rica Star*, erişim 19 Ekim 2021, <https://news.co.cr/costa-ricas-high-court-orders-changes-internet-speed-restrictions/63366/>.

[134] Bilaney ve Thampi, “Internet Access as an Independent Human Right,” 89.

[135] “Ekvador Anayasası, Georgetown Üniversitesi İngilizce Çevirisi,” erişim 19 Ekim 2021, <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>.

[136] “Portekiz Bilişim Çağında İnsan Hakları Beyannamesi,” 27/2021 § (2021), <https://dre.pt/application/conteudo/163442504>.

[137] Pollicino, “The Right to Internet Access,” 271.

[138] “Portekiz Anayasası”, erişim 19 Ekim 2021, <https://dre.pt/part-i>.

[139] *Kersti Kaljulaid: “Access to internet is considered a human right” | Mihai-Alexandru Hash | #yourMSC* (YouTube, 2019), <https://youtu.be/3p-7RgOJHdI?t=51>.

İtalya'da 2015 yılında internete erişim hakkını hem negatif hem de pozitif statü hakkı olarak anayasaya işlemek üzere iki farklı değişiklik girişimi olmuştur. İtalyan Anayasası'nın "Medeni Haklar" kısmına ifade hürriyetinin hemen ardına eklenmek istenen ifade "Herkes ekonomik ve sosyal nitelikli engelleri ortadan kaldırmaya elverişli araçlarla ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin internete erişim hakkına sahiptir." şeklinde kaleme alınmış; "Sosyal Haklar" kısmına ise eğitim hakkını takiben "Herkes internete hiçbir ayırım yapılmaksızın teknolojik olarak yeterli yöntemlerle erişme hakkına sahiptir. Devlet internetin kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirdiği, sosyal, siyasi ve ekonomik hak ve yükümlülüklerini gerçekleştirdiği bir alan haline getirilmesine çalışır." maddesinin eklenmesi teklif edilmiştir.^[140]

İnternet erişimini anayasal bir hak olarak tanımlayan tespit edebildiğimiz tek ülke komşumuz Yunanistan'dır. Yunanistan Anayasası'nın "Bireysel ve Sosyal Haklar" başlıklı ikinci bölümünde yer alan 5/A maddesinin ikinci paragrafı internet erişimini teknolojik değişimlerden etkilenmeyecek şekilde tanımlamaktadır.

"Herkes "Bilgi Toplumu"na katılma hakkına sahiptir. Elektronik olarak iletilen bilgiye başta erişimin olmak üzere; bilginin üretiminin, alış-verişinin ve yayılmasının kolaylaştırılması Devletin her zaman 9, 9A, ve 19. maddeleri göz önünde bulundurarak yerine getirmesi gereken bir yükümlülüğüdür."^[141]

[140] Pollicino, "The Right to Internet Access," 270.

[141] "Yunanistan Anayasası, Resmi İngilizce Çevirisi", erişim 19 Ekim 2021, <https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggliko.pdf>.

SONUÇ

Bir elin parmaklarını geçmeyecek sayıdaki üniversitenin birbirine bağlandığı yıllarda kimsenin adını duymadığı internet, 2000’li yıllara gelindiğinde kişisel bilgisayarların ve bireylerin ağa bağlanmasıyla beraber akıl almaz bir hızda toplumun ve bireyin davranışlarını değiştirdi. Milenyumun başında belki de haklı olarak “lüks” farz edilen internet, önce ekonomik hayatımızın büyük bir kısmını kapladı, ardından da sosyal hayatımızın vazgeçilmez bir parçası oldu. 2010’lu yıllarda internet demokrasi ve siyasi katılım için sunduğu fırsatları defalarca ispatladı ve hatta otoriter rejimlerin ilk ve en önemli hedefi haline geldi. 2019 yılının sonlarında insanlığın tüm kendini beğenmişliği ile mevcut gelişmişlik seviyesinde artık bir daha karşılaşmayacağı umduğu salgın hastalık felaketi bizleri, internetin en azından on yıldır bizlere sunmakta olduğu imkânları kullanmak zorunda bıraktı. İnternete erişebilen bireyler, sosyal ve kültürel faaliyetlerinin büyük kısmını çevrimiçi mecralara taşıdılar. İnternet erişimi olmayan kişilerin ne derece büyük bir eşitsizliğin mağduru oldukları tüm dünyada ortaya çıktı.

Dijital uçurum, ağa bağlı olmayanların neredeyse iki yılını yuttu. İster ülkeler arasında, isterse aynı ülkedeki farklı gruplar arasında olsun bilişim teknolojilerine erişimdeki eşitsizliği ifade etmek için kullanılan dijital uçurum terimi, COVID-19 karantinaları döneminde daha belirgin hale geldi. İnternet erişimine hiç veya yeterli ölçüde sahip olmayan bireyler sadece eğlence veya haberleşme alanında değil; iş hayatında, aile ve sosyal hayatlarında ve hatta sağlık hizmetleri alanında büyük bir dezavantaja sahip olduklarını gördüler. Aslında dijital uçurumun daha önceden de neden olduğu eşitsizlikler, toplumların stres testine maruz kaldığı yıllarda su yüzüne çıkmış oldu.

Toplumlardaki sosyal ve ekonomik eşitsizliklerle paralel bir hat üzerinde oluşan dijital uçurum aynı zamanda bu eşitsizlikleri besleyerek derinleşen bir yapıya sahiptir. Dijital uçurumun dezavantajlı tarafında kalan bireylerin buldukları konumdan çıkmaları için çoğu zaman kamu gücünün desteğine ihtiyaçları bulunmaktadır. Bu destek sadece donanımın ve bağlantının sağlanmasını değil aynı zamanda donanımın nasıl kullanılacağına dair eğitimlerin de verilmesini gerektirmektedir.

İnternet erişiminin bir hak olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışması, dijital uçurumun etkilerini reddetmekle bağlantılı değildir. İnternet erişiminin bir lüks olduğu yönündeki görüşler çok uzun zamandır geçerliliğini

yitirmiştir. Bu tartışma aslen temel hak ve hürriyetlerin tanımlanmasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Hak olmaması yönündeki iddialar neredeyse tamamen, temel hakları sadece birinci nesil haklardan ibaret gören yazarlara aittir.

İnternete erişimin ayrı bir hak olarak tanımlanmasına karşı diğer bir argümana göre ise; internete erişimin zaten başta ifade hürriyeti olmak üzere diğer hakların koruması kapsamında olması nedeniyle, ayrı bir hak olarak düzenlenmesine gerek yoktur. Bu yaklaşım da negatif statü haklarına dayanmaktadır. Örneğin, devlet internet erişimini engellediği takdirde ifade hürriyetini ve bilgi alma hakkını ihlal etmiş olacaktır.

Kanımızca negatif statü haklarına veya demokrasiye dayanan koruma internet erişimine sahip olmayan kişiler için hiçbir anlam taşımamaktadır. Geldiğimiz noktada önceleri demokrasinin, siyasi katılımın ve çoğu zamanda ifade hürriyetinin bir aracı olarak korunması gereken internet, COVID-19 döneminde artık bireyin maddi ve manevi olarak kendini geliştirmesi için zorunlu olduğunu kanıtladı. İşte sadece bu nedenle, başka hiçbir hakla bağlantılandırılmadan internet erişiminin bir temel hak olarak anayasalarda yer alması gerektiği kanısındayız. Tıpkı bundan iki yüzyıl önce bir konuta sahip olamayan kişiler için konut dokunulmazlığı anlamsız olması gibi, günümüzde de internete erişim olanağı olmayan kişiler için birçok temel hak gerekli faydayı sağlayamamaktadır.

İnternete erişim hakkı henüz bir istisna dışında uluslararası hukuk belgelerinde yer almamaktadır. Birçok ülke telekomünikasyon alanında yaklaşık yüz yıldır gelişen evrensel hizmet anlayışı kapsamında, kanun seviyesinde, internete erişim hakkını kısmen korumaktadır. Evrensel erişim altyapı sunulmasını zorunlu kılmaktan öteye gitmemektedir. Ne var ki dijital uçurumun kapanması için sadece isteyen ve bedelini ödeyebilen kişilerin internete erişim imkânına sahip olması yeterli değildir.

Anayasa yargısı organları yukarıda ifade ettiğimiz üzere, internete erişimi diğer temel hakların, özellikle de ifade hürriyetinin koruyucu şemsiyesi altına almakta ve devletin internete erişimi engellenmesi önlemektedir.

Kanımızca ne evrensel hizmet kapsamında kanun seviyesindeki koruma, ne de diğer temel haklarla bağlantılı biçimde devlete bir negatif yükümlülük getirilmesi dijital uçurumun olumsuz etkilerini ortadan kaldıracaktır. Önerimiz internete erişim hakkının Yunanistan Anayasası'nda olduğu gibi bağımsız

bir sosyal ve ekonomik hak olarak anayasal güvenceye kavuşturulmasıdır. Bu hak kaçınılmaz biçimde bir program hak^[142] olacaksa da doğası gereği; elektrik, su, eğitim, sağlık ve konut haklarının aksine, tükenen bir kaynağın üretilip paylaşılmasını gerektirmemektedir. Devlete bu hak ile yüklenecek sorumluluk; teknolojiye uygun gerekli altyapının hazırlanmasından ve bu hizmeti kendi bütçesinden karşılama imkânı olmayan kişilere hizmetin ücretsiz sunulmasından ibarettir. Devletin mali olanakları ölçüsünde gerçekleştireceği bu yerine getirme edimi^[143] eşit şekilde yerine getirilmediğinde dava edilebilir bir ihlal yaratacaktır.

[142] Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 164.

[143] Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, 147.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin. *İnsan Hakları–Kavram, Kaynakları ve Koruma Sistemleri*. 2. baskı. Ankara: İmaj Kitabevi, 2010.
- Algan, Bülent. *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Anders, Wendy. “Costa Rica’s High Court Orders Changes to Internet Speed Restrictions.” *The Costa Rica Star*. Erişim 19 Ekim 2021. <https://news.co.cr/costa-ricas-high-court-orders-changes-internet-speed-restrictions/63366/>.
- Avcı, Artun. *Türkiye’de İnternet ve İfade Özgürlüğü*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.
- Ayaz, Taner ve Şevki Işıklı. “Bir İnsan hakkı Olarak İnternet Erişimi: herkes için İnternet Tartışması.” *ISOPHOS*, no. 4 (2020): 1-17.
- Aybay, Rona. *İnsan Hakları Seçilmiş Makaleler*. İstanbul: Pencere Yayınları, 2010.
- Best, Michael L. “Can the Internet Be a Human Right?” *Human Rights & Human Welfare* 4, sy 1 (2004): 23-31.
- Bilaney, Kunal, ve Gauri Thampi. “Internet Access as an Independent Human Right: A Palpable Consequence of the Covid-19 Pandemic?” *Kathmandu School of Law Review*, 2020, 82-97. <https://doi.org/10.46985/kslr.v8i2.2154>.
- Cerf, Winton G. “Internet Access Is Not a Human Right.” *New York Times*, 04 Ocak 2021. <https://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html>.
- Dijk, Jan A.G.M. van. “A Theory of Digital Divide.” İçinde *The Digital Divide: The Internet and Social Inequality in International Perspective*, editör Massimo Ragnedda ve Ienn.W. Muschert, 2013. 29-51. Routledge Advances in Sociology 73. London, New York: Routledge.
- Erdoğan, Mustafa. *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*. 5. baskı. Ankara: Orion Kitabevi, 2016.

- Freeman, Micheal. *İnsan Hakları: Disiplinler Arası bir Yaklaşım*. Çeviren Erkan Koca ve Asena Topçubaşı. Ankara: Birleşik Yayınevi, 2008.
- Gözler, Kemal. *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin Basın yayın Dağıtım, 2017.
- Hert, Paul De, ve Dariusz Kloza. “Internet (Access) as a New Fundamental Right. Inflating the Current Rights Rramework?” *European Journal of Law and Technology* 3, no. 3 (2012): 1-23.
- Joyce, Daniel. “Internet Freedom and Human Rights.” *European Journal of International Law* 26, no. 2 (Mayıs 2015): 493-514. <https://doi.org/10.1093/ejil/chv021>.
- Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*. 7. baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 1993.
- Karanicolas, Michael. “Bridging the Divide: Understanding and Implementing Access to the Internet as a Human Right.” *The Journal of Community Informatics* 10, no. 2 (2014). <https://doi.org/10.15353/joci.v10i2.2648>.
- Kent, Bülent. “Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 2 (Nisan 2012): 169-98.
- Kurt, Z. Emre. “Ucuz, Sansürlü ve Hızlı İnternete Erişim Hakkı.” *Ankara Barosu Dergisi* 72, no. 2 (Nisan 2015): 287-93.
- La Rue, Frank. “Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development.” UN, 16 Mayıs 2011. https://doi.org/10.1163/2210-7975_HRD-9970-2016149.
- Lai, John ve Nicole O. Widmar. “Revisiting the Digital Divide in the COVID-19 Era.” *Applied Economic Perspectives and Policy* 43, no. 1 (Mart 2021): 458-64. <https://doi.org/10.1002/aep.13104>.
- Land, Molly. “Toward an International Law of the Internet.” *Harvard International Law Journal* 54, no. 2 (458 393M.S.): 66.
- Lucchi, Nicola. “Access to Network Services and Protection of Constitutional Rights: Recognizing the Essetial Role of Internet Access for Freedom of Expression.” *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 19, no. 3 (2011): 645-78.

- Lucchi, Nicola. Nicola Lucchi, “The Role of Internet Access in Enabling Individual’s Rights and Freedoms.” EUI RSCAS, 2013/47, Centre for Media Pluralism and Media Freedom (CMPF) - <http://hdl.handle.net/1814/27435>.
- Mathiesen, Kay. “Human Rights for the Digital Age.” *Journal of Mass Media Ethics* 29, no. 1 (02 Ocak 2014): 2-18. <https://doi.org/10.1080/08900523.2014.863124>.
- Oyedemi, Toks. “Internet Access as Citizen’s Right? Citizenship in the Digital Age.” *Citizenship Studies* 19, no. 3-4 (03 Nisan 2015): 450-64. <https://doi.org/10.1080/13621025.2014.970441>.
- Pollicino, Oreste. “The Right to Internet Access: Quid Iuris?” İçinde *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, editör Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken ve Mart Susi. 263-75. Cambridge University Press, 2020. <https://doi.org/10.1017/9781108676106.021>.
- Ramsetty, Anita ve Cristin Adams. “Impact of the Digital Divide in the Age of COVID-19.” *Journal of the American Medical Informatics Association* 27, no. 7 (01 Temmuz 2020): 1147-48. <https://doi.org/10.1093/jamia/ocaa078>.
- Reglitz, Merten. “The Human Right to Free Internet Access.” *Journal of Applied Philosophy* 37, no. 2 (Mayıs 2020): 314-31. <https://doi.org/10.1111/japp.12395>.
- Shandler, Ryan ve Daphna Canetti. “A Reality of Vulnerability and Dependence: Internet Access as a Human Right.” *Israel Law Review* 52, no. 1 (Mart 2019): 77-98. <https://doi.org/10.1017/S0021223718000262>.
- Silva, Alberto J. Cerda. “Internet Freedom Is Not Enough: Towards an Internet Based on Human Rights.” *SUR–International Journal of Human Rights* 10, no. 18 (2013): 17-31.
- Skepy, Brian. “Is There a Human Right to the Internet?.” *Journal of Politics and Law* 5, no. 4 (29 Kasım 2012): 15-29. <https://doi.org/10.5539/jpl.v5n4p15>.

- Sostero, Matteo, Santo Milasi, John Hurley, Enrique Fernandez-Macias ve Martina Bisello. "JRC Technical Report: Teleworkability and the COVID-19 Crisis: A New Digital Divide?." European Commission, 2020.
- Sunay, Reyhan. *Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları*. Konya: Çizgi Kitabevi, 2013.
- Wang, Xiaowei. "A Human Right to Internet Access: A Gewirthian Approach." *Frontiers of Philosophy in China* 11, no. 2 (2019): 6952-70.
- Wang, Xiaowei. "Time to Think about Human Right to the Internet Access: A Beitz's Approach". *Journal of Politics and Law* 6, no. 3 (29 Ağustos 2013): 67-77. <https://doi.org/10.5539/jpl.v6n3p67>.
- Warschauer, Mark. "Demystifying the Digital Divide." *Scientific American* 289, no. 2 (Ağustos 2003): 42-47.
- Wicker, Stephen B., ve Stephanie M. Santoso. "Access to the Internet Is a Human Right." *ACM Transactions in Accessible Computing* 56, no. 6 (Haziran 2013): 43-46. <https://doi.org/10.1145/2461256.2461271>.
- Winter, Jennifer S. "Is Internet Access a Human Right? Linking Information and Communication Technology (ICT) Development with Global Human Rights Efforts." *The Global Studies Journal* 5, no. 3 (2013): 35-48.

Diğer Kaynaklar

- Australian Human Rights Commission. "A right to access the Internet". Devlet. Australian Human Rights Commission, 24 Eylül 2021. <https://humanrights.gov.au/our-work/8-right-access-internet>.
- "BBC internet anketi". Erişim 29 Eylül 2021. http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/08_03_10_BBC_internet_poll.pdf.
- Decree of the Ministry of Transport and Communications, Finlandiya. Erişim 19 Ekim 2021. <https://finlex.fi/en/laki/kaannokset/2009/en20090732.pdf>.

“Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 Amending Directive 2002/22/EC on Universal Service and Users’ Rights Relating to Electronic Communications Networks and Services, Directive 2002/58/EC Concerning the Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Electronic Communications Sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on Cooperation between National Authorities Responsible for the Enforcement of Consumer Protection Laws”, t.y., 26.

ECHR Press Unit. “Factsheet – Access to Internet and Freedom to Receive and Impart Information and Ideas”, Mart 2021. https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Access_Internet_ENG.pdf.

Ekvador Anayasası, Georgetown Üniversitesi İngilizce Çevirisi. Erişim 19 Ekim 2021. <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>.

Evrensel Hizmet Kanunu, 5396 § (2005).

Federal Communications Commission. “2018 Broadband Deployment Report”, t.y. <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-18-10A1.pdf>.

Federal Communications Commission, USA. “Household Broadband Guide”, t.y. https://www.fcc.gov/sites/default/files/household_broadband_guide.pdf.

Finlandiya İletişim Piyasası Kanunu, Resmi İngilizce Çevirisi. Erişim 19 Ekim 2019. <https://finlex.fi/en/laki/kaannokset/2003/en20030393.pdf>.

Kersti Kaljulaid. “Access to internet is considered a human right.” | Mihai-Alexandru Hash | #yourMSC. YouTube, 2019. <https://youtu.be/3p-7RgOJHdI?t=51>.

Portekiz Anayasası. Erişim 19 Ekim 2021. <https://dre.pt/part-i>.

Portekiz Bilişim Çağında İnsan Hakları Beyannamesi, 27/2021 § (2021). <https://dre.pt/application/conteudo/163442504>.

UN. “Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol.”

WSIS. “WSIS Plan of Action.” 2003. <https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/poa.html>.

“WSIS 2014.” International Telecommunication Union, 2014.

Yunanistan Anayasası, Resmi İngilizce Çevirisi. Erişim 19 Ekim 2021. <https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggliko.pdf>.

Stajyer Avukatların Avukat Yanında Staj Yaptıkları Dönemde Asliye Ceza Mahkemelerindeki Duruşmalara Girebilmeleri Sorunsalı

Uğur ERSOY*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. (ugurersoy@kku.edu.tr)
ORCID ID: [0000-0003-3770-0353](https://orcid.org/0000-0003-3770-0353)

Makale geliş tarihi: 15 Mart 2022 **Makale kabul tarihi:** 16 Haziran 2022

Atıf önerisi: Ersoy, Uğur. “Stajyer Avukatların Avukat Yanında Staj Yaptıkları Dönemde Asliye Ceza Mahkemelerindeki Duruşmalara Girebilmeleri Sorunsalı.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 3 (Temmuz 2022): 175-214.

DOI: [10.30915/abd.1147226](https://doi.org/10.30915/abd.1147226)

STAJYER AVUKATLARIN AVUKAT YANINDA STAJ YAPTIKLARI DÖNEMDE ASLİYE CEZA MAHKEMELERİNDEKİ DURUŞMALARA GİREBİLMELERİ SORUNSALI

ÖZ

Avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara, yanında staj yaptığı avukatın yazılı muvafakati/oluru ile vekil veya müdafî sıfatıyla girebilmelerinin mümkün olup olmadığı uygulamada önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu soruna barolar ve asliye ceza mahkemeleri cephesinden bakıldığında bir uygulama birliği olmadığı göze çarpmaktadır. Mevcut çalışmada, bu soruna farklı perspektiflerden yaklaşarak çözüm önerilerinde bulunulacaktır. Bu kapsamda avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların yapabilecekleri işlerin neler olduğu, sulh ceza mahkemelerinin sulh ceza hakimliklerine dönüşme süreci, sulh ve asliye mahkemeleri arasındaki ayrımın önemi, inceleme konusuyla sınırlı kalmak kaydıyla müdafinin ve vekilin ceza muhakemesindeki konumu gibi farklı konular üzerinde durularak mevcut ve müstakbel sorunlu alanlar üzerinde tespit, değerlendirme ve çözüm önerilerinde bulunulması hedeflenmektedir.

Anahtar kelimeler:

asliye ceza mahkemeleri

sulh ceza mahkemeleri

stajyer avukat

savunma hakkı

ceza muhakemesi hukuku

THE ISSUE OF THE TRAINEE LAWYERS TO ATTEND THE TRIALS AT THE CRIMINAL COURTS OF FIRST INSTANCE DURING THEIR INTERNSHIP WITH A LAWYER

ABSTRACT

Whether it is possible for the trainee lawyers, who have started their internship with a lawyer, to attend the trials in the criminal courts of first instance, emerges as an important problem in practice. When this problem is viewed from the perspective of bar associations and criminal courts of first instance, it is remarked that there is no unity of practice. In this study, solution offers will be made by approaching this problem from different perspectives. In this context, it is aimed to identify, evaluate and propose solutions on current and future problematic areas by focusing on different issues such as what the trainee lawyers can do, who start their internship with a lawyer, the process of transforming peace courts of criminal jurisdictions into criminal magistracies of peace, distinction between the peace courts of criminal jurisdictions and the criminal courts of first instance and the position of the defense counsel in the criminal procedure, limited to the subject of the study.

Keywords:

criminal courts of first instance

peace courts of criminal jurisdictions

trainee lawyer

right of defence

criminal procedure law

GİRİŞ

Alman ceza hukukçusu *Roxin* tarafından ceza, bireylerin özgürlük alanlarına devlet tarafından yapılan bütün müdahalelerle kıyaslandığında en radikal ve bundan dolayı da en problemlı tedbir olarak değerlendirilmektedir. Zira devletin sahip olduğu ceza verme yetkisi sıklıkla toplumun güvenlik menfaatlerinin lehine olacak şekilde sanığın özgürlüğünün arka plana atılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bundan dolayı ceza muhakemesinde kolektif ve bireysel menfaatler çoğunlukla birbirleriyle çatışma halinde bulunmakta olup, kanun tarafından burada mevcut bulunan menfaatlerin kıyaslanması, o toplumda devletle bireyler arasında genel olarak geçerli bulunan ilişki için semptomatiktir. *Roxin* yapmış olduğu bu değerlendirmelerden sonra şu önemli tespitite bulunmaktadır: “Ceza muhakemesi hukuku, anayasanın sismografıdır!”^[1]

İnceleme konusuyla yani avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara yanında çalıştığı avukatın yazılı muvafakati/oluru^[2] ile vekil veya müdafı sıfatıyla girip giremeyecekleri meselesiyle ilgili doğru sonuçlara varılabilmesi için *anayasanın sismografı* konumundaki ceza muhakemesi hukukunun amacı çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalı, konuyla ilgili yapılacak yorumların ve tespitlerin de ceza muhakemesinin amacından bağımsız olmaması gerekmektedir. Ancak ceza muhakemesi hukukunun amacının tespit edilmesi, bu hukuk dalına ait sorunların çözümünde yol gösterici olsa da yargılama sırasında karşılaşılabilecek bütün sorunların bu amaç doğrultusunda çözülebileceğini düşünmek de çok rasyonel bir beklenti olmaz.^[3] Bununla birlikte her ne kadar ceza muhakemesi hukuku alanında karşılaşılabilecek bütün sorunlara

[1] Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage (München: C.H.Beck, 1998), §2 Kn.1.

[2] Avukatlık Kanunu’nda “yazılı muvafakat” kavramına yer verilmişken, Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinde ise “yazılı olur” kavramı kullanılmıştır. Bu nedenle çalışmada her iki kavrama da yer verilmiştir.

[3] Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979), 83; Hans Friedhelm Gaul, “Yargılamanın Amacı: Güncelliğini Koruyan Bir Konu,” (çev. Nevhis Deren Yıldırım), içinde *İlkeler İşığı Altında Medeni Yargılama Hukuku*, der. M. Kâmil Yıldırım. 7. Baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2012), 85.

cevap vermese bile, amacın belirlenmesinin teoloji bilimine uygun olduğu söylenebilir; çünkü önce amaç sonra araç sorgulanacaktır.^[4] Kanaatimizce ceza muhakemesi hukukunun amacını, hukuk devleti sınırları içerisinde, insan hakları ve insan onurunun korunması ilkesi çerçevesinde gerçeğe ulaşma şeklinde tanımlamak mümkündür.^[5] Bu genel tespitten sonra inceleme konusuyla ilgili çalışmada takip edilecek yöntemle dair bazı değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Mevcut çalışmanın ana uğraş alanını oluşturan, avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların, yanında staj yaptıkları avukatın yazılı muvafakati/oluru ile asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara vekil veya müdafî sıfatıyla girebilmelerinin mümkün olup olmadığı, uygulamada önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bazı barolar bu aşamadaki stajyerlerin asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girebilmelerinin mümkün olduğunu kabul ederken bazı barolar ise bunun tersini savunmaktadırlar. Her ne kadar bu konuda nihai karar merci yargılama yapmakla görevli asliye ceza mahkemeleri ise de asliye ceza mahkemeleri arasında da uygulama birliği olmadığı görülmektedir. Bazı asliye ceza mahkemelerinde avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların, yanında staj yaptıkları avukatın yazılı muvafakati/oluru ile duruşmalara kabul edildiği bazı mahkemelerde ise buna izin verilmediği gözlemlenmektedir. Bu durum özellikle stajyer avukatın müdafî sıfatıyla duruşmalara girmesine izin verilmesi halinde önem arz etmektedir. Bahse konu çalışmada, avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girebilmelerinin mümkün olup olmadığı sorunu üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır. Çalışmada yapılan açıklamalar ağırlıklı olarak stajyer avukatların müdafî sıfatıyla duruşmaya kabulü noktasında olsa da bu özellikle zorunlu vekilliğin kabul edildiği durumların da bu çerçevede ele alınması önem taşımaktadır. Bu kapsamda çalışmada, avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların yapabilecekleri işlerin neler olduğu tespit edilecek, sulh ceza mahkemelerinin sulh ceza hakimliklerine dönüşme süreci üzerinde durulacak, sulh ve asliye mahkemeleri arasındaki ayrımın öneminden bahsedilerek müdafinin ve vekilin ceza muhakemesindeki konumu üzerinde inceleme konusuyla alakalı

[4] Sema Taşpınar, “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu,” içinde *Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı* (Ankara 1999), 760.

[5] Uğur Ersoy, “Ceza Muhakemesinin Amacı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım,” içinde *Uğur Alacakaptan’a Armağan I*, der. Mehmet Murat İnceoğlu, (İstanbul 2008), 299.

olarak durularak mevcut ve müstakbel sorunlu görülen alanlar üzerinde tespit, değerlendirme ve çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

I. AVUKAT YANINDA STAJA BAŞLAYAN STAJYER AVUKATLARIN YAPABİLECEKLERİ İŞLER

Avukatlık stajının nasıl yapılacağına ilişkin genel düzenlemelere 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 15 ila 27/A maddelerinde yer verilmiştir. Bu maddelerde genel itibariyle stajın süresi, staja başvuru için aranan şartların neler olduğu, stajın yapılması ve stajyerlerin ödevleri gibi konuların yanı sıra inceleme konusuyla bağlantılı olarak stajyer avukatların yapabileceği işlere ilişkin bir hükme de yer verildiği görülmektedir.

Avukatlık Kanunu'nun "Stajyerlerin yapabileceği işler" başlıklı iki fıkradan ibaret 26. maddesi şu şekildedir:

"Stajyerler, avukat yanında staja başladıktan sonra, avukatın yazılı muvafakati ile ve onun gözetimi ve sorumluluğu altında, sulh hukuk mahkemeleri, sulh ceza mahkemeleri ile icra tetkik mercilerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilir ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütebilirler.

Bu yetki, staj bitim belgesinin verilmesi veya staj listesinden silinme ile sona erer."

Benzer bir düzenlemeye Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliği'nin^[6] "Stajyerin Yapabileceği İşler" başlıklı 19. maddesinde de yer verildiği görülmektedir:

"Stajyer, avukat yanında staja başladıktan sonra, avukatın yazılı oluru ile onun gözetim ve sorumluluğu altında, sulh hukuk, sulh ceza mahkemeleri ile icra tetkik mercilerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilir ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütebilir.

Bu yetki, staj bitim belgesinin verilmesi veya staj listesinden adının silinmesi ile sona erer.

Stajyer, yanında staj yaptığı avukatın yazılı oluru ile dava dosyalarından fotokopi ve benzeri yollarla örnek alabilir.

[6] R.G. Tarih-Sayı: 19.12.2001-24615.

Stajyer ayrıca vekaletname veya yazılı olur olmaksızın, dava ve takip dosyalarını inceleyebilir.”

Yukarıda zikredilen iki normatif düzenleme dikkate alındığında, avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların -uygulamada bu staj evresine ikinci altı ay stajı da denilmektedir- yanında staj yaptığı avukatın yazılı oluru/muvafakatnamesi ile sulh hukuk mahkemeleri, sulh ceza mahkemeleri ve icra tetkik mercilerinde yanında staj yaptığı avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilecekleri ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütebilecekleri anlaşılmaktadır.

2014 yılına kadar aşağıda detayları üzerinde durulacağı üzere, avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların muvafakatname ile hangi mahkemelerdeki duruşmalara tek başlarına girebileceklerine ilişkin herhangi bir hukuki tartışma söz konusu değilken bu tarihten sonra çalışmanın da konusunu oluşturan bazı tartışmaların yaşandığı görülmektedir. Konuyla ilgili değerlendirmelere geçmeden önce ilk olarak sulh ceza mahkemelerinin sulh ceza hakimliklerine dönüşme süreciyle ilgili kısa açıklamalarda bulunulacaktır.

II. SULH CEZA MAHKEMELERİNİN SULH CEZA HAKİMLİKLERİNE DÖNÜŞME SÜRECİ

2014 yılında kabul edilen 6545 sayılı “*Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”un^[7] 84. maddesi ile 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’a eklenen Geçici Madde 6 ile sulh ceza mahkemeleri Türk yargı teşkilatından çıkarılmış, bu mahkemenin kaldırılması sonrasında yaşanabilecek boşluğu doldurmak için bazı düzenlemeler getirilmiştir. Geçici Madde 6 şu şekildedir:

“Geçici Madde 6- (1) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte sulh ceza mahkemeleri kaldırılmıştır.

(2) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yirmi gün içinde sulh ceza hâkimlikleri kurulur.

(3) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, sulh ceza mahkemelerinde görülmekte olan dava dosyaları bir ay içinde yetkili asliye ceza mahkemelerine devredilir.

[7] R.G. Tarih-Sayı: 28.06.2014-29044.

(4) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, kaldırılan sulh ceza mahkemelerinde görülmekte olan işlerden, sulh ceza hâkimliğince bakılması gerekenler, sulh ceza hâkimliklerinin kurulmasından itibaren on beş gün içinde yetkili sulh ceza hâkimliğine devredilir.

(5) Kaldırılan sulh ceza mahkemelerinde görev yapan hâkimler Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, sulh ceza hâkimliklerinin kurulmasından itibaren on beş gün içinde müktesepi dikkate alınarak uygun görülecek bir göreve atanır veya yetkilendirilirler.

(6) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, sulh ceza mahkemelerince verilen kararlardan Yargıtay incelemesinde olanlar hakkında sadece görev nedeniyle bozma kararı verilemez.

(7) Sulh ceza hâkimlikleri faaliyete geçirilinceye kadar, sulh ceza mahkemelerinin görev alanına giren her türlü kararı vermeye kaldırılan sulh ceza mahkemeleri yetkilidir. Kaldırılan mahkemelerde bulunan ve kesinleşen dosyalara ait arşiv ve emanetler ile diğer evrak ve dokümanlar Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenecek mahkeme veya mahkemelere ya da hâkimliklere devredilir ve müteakip işlem ve talepler bu mahkemelerce veya hâkimliklerce yerine getirilir veya karara bağlanır.”

Bu açıdan bakıldığında adli yargı ilk derece mahkemelerinden biri konumundaki sulh ceza mahkemeleri, 28 Haziran 2014 tarihinden itibaren ülke genelinde kaldırılmış ve yerine isim benzerliği dışında hiçbir benzerliği olmayan, soruşturma evresinde hakim tarafından verilmesi gerekli olan ve çoğunluğu koruma tedbiri niteliğindeki kararları almak ve bunlara karşı yapılan itirazları^[8] inceleme yetkisine haiz sulh ceza hakimlikleri kurulmuştur. Geçici Madde 6'da ifade edildiği üzere sulh ceza mahkemelerinde görülmekte olan dava dosyaları ise asliye ceza mahkemelerine devredilmiştir. Bir başka deyişle bu tarihten itibaren asliye ceza mahkemelerinin görev alanına sulh

[8] 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (R.G. Tarih-Sayı: 14.07.2021-31541) 24. maddesi ile CMK'nın 268. maddesinin üçüncü fıkrasının b bendinde değişiklik yapılmış ve 1 Ocak 2022 tarihinden itibaren sulh ceza hakimliğinin tutuklama ve adli kontrole ilişkin verdiği kararlara karşı yapılan itirazların incelenmesinin, yargı çevresinde bulunduğu asliye ceza mahkemesi hakimi tarafından yapılmasına karar verilmiştir. Buna karşılık sulh ceza hakimliklerinin tutuklama ve adli kontrol dışında vermiş oldukları kararlara yönelik itirazlar bakımından mevcut sistem geçerliliğini korumaktadır.

ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar da eklenmiş ve böylelikle asliye ceza mahkemelerinin madde bakımından yetkisi çok genişletilmiştir. Burada yapılacak yorumlarda gözden uzak tutulmaması gereken husus, asliye ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçların 2014 yılından itibaren daha da artmış olmasıdır. Bir başka ifadeyle 2014 yılından önce asliye ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar korunmuş ve üstüne sulh ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar da dahil olunmuştur.

Peki yürürlükten kaldırıldığı tarihe kadar Türk yargı teşkilatında adli yargı ilk derece mahkemelerinden birisi olan sulh ceza mahkemelerinin görev alanına neler girmektedir? 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un ilk şeklinde 10. maddede sulh ceza mahkemelerinin görev alanı düzenlenmişti. Söz konusu düzenleme şu şekildeydi: “Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir.” Bu açıdan bakıldığında sulh ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçların cezalarının üst sınırının iki yıl ile sınırlandırıldığı görülmektedir. O dönemde asliye ceza mahkemelerinin görev alanına ise kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görev alanı dışında kalan dava ve işler oluşturmaktaydı. Bu kapsamda bakıldığında o dönemde sulh ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçların *basit* nitelikte değerlendirilen ve genellikle de seçenek yaptırımlara çevrilebilen veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasının mümkün olduğu suç tiplerinden oluştuğu görülmektedir. Bununla birlikte 2014 yılında sulh ceza mahkemelerinin kapatılmasıyla birlikte asliye ceza mahkemelerinin görev alanı içerisine sulh ceza mahkemelerinin görev alanına giren iki yıla kadar hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezaları ve güvenlik tedbirleri de dahil edilmiş, bu kapsamda ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işler asliye ceza mahkemelerinin görev alanına sokulmuştur. Bu açıdan bakıldığında adli yargı ilk derece ceza mahkemesi konumundaki asliye ceza mahkemelerinin, kanunda aksine düzenleme olmadıkça on yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla görevli olduğu anlaşılmaktadır ki bu da mevzuatımızdaki suçların büyük bir çoğunluğunun asliye ceza mahkemelerinin görev alanında kaldığını göstermektedir.

Bu konuyla ilgili üzerinde durulması gereken son düzenleme ise 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekil Hakkında Kanun Ek Madde 1'dir.^[9] Madde şu şekildedir:

“Ek Madde 1- (1) Kanunlarda sulh ceza mahkemesi veya sulh ceza hakimine yapılan atıflardan,

a) İdari yaptırım kararlarına karşı yapılan başvurulara, yürütülen soruşturmalarda hakim tarafından verilmesi gerekli karar ve işlemlere ve kanunlarda sulh ceza mahkemesince veya hakimince verilmesi öngörülen karar veya işlemlere ilişkin olanlar sulh ceza hakimine,

b) Yargılamaya ilişkin olanlar asliye ceza mahkemesine veya hakimine, yapılmış sayılır.”

Maddenin birinci fıkrasının b bendinde bahsi geçen “yargılamaya ilişkin olanlar” ifadesi ile madde bakımından yetkiye ilişkin uygulamada yaşanabilecek yargılama boşluğunun engellenmesinin amaçlandığını söyleyebiliriz. Örneğin, özel bir kanunda, “bu kanunda düzenlenmiş suçlardan dolayı yargılama yapmaya sulh ceza mahkemeleri yetkilidir” şeklinde bir ifadeye yer verilmişse bu durum yargılamaya ilişkin bir atıf olarak değerlendirilecek ve Ek Madde 1 uyarınca artık asliye ceza mahkemeleri görevli olacaktır. Bu açıdan bakıldığında Ek Madde 1'deki bu düzenlemeden hareketle Avukatlık Kanunu'nun 26. maddesinde bahsi geçen “sulh ceza mahkemeleri” şeklindeki ifadenin “asliye ceza mahkemesi” olarak anlaşılmasının mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Bir başka deyişle Ek Madde 1'in stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girebilmelerinin önünü açan bir düzenleme olarak ele alınması isabetli değildir.

III. SULH MAHKEMESİ – ASLİYE MAHKEMESİ AYRIMI

Avukatlık Kanunu'nun stajyer avukatların yapabilecekleri işleri düzenleyen 26. maddesinde ve benzer şekilde Avukatlık Staj Yönetmeliği'nin 19. maddesinde neden yalnızca sulh hukuk ve sulh ceza mahkemelerine yer verildiği, bir başka deyişle asliye ceza ve asliye hukuk mahkemelerine bu düzenlemelerde neden yer verilmediğini de ortaya koymak gerekmektedir. Acaba bu kanun koyucu tarafından yapılmış bilinçli bir tercih midir yoksa

[9] Bu madde 6545 sayılı Kanunun 83. maddesiyle 5320 sayılı Kanuna eklenmiştir.

tamamen bir tesadüfün sonucu mudur? Bu bağlamda doğru sonuçlara varabilmek için sulh mahkemesi-asliye mahkemesi ayrımı üzerinde durmakta yarar vardır.

Sulh mahkemesi-asliye mahkemesi ayrımı uzun bir geçmişe sahip köklü bir ayrımdır. Her iki mahkemenin tarihsel süreç içerisinde üstlenmiş oldukları misyonlar birbirinden farklı olup, yapılan bu ayrım bir tesadüfün değil, misyon farklılığının gereği olarak ortaya çıkmıştır. 765 sayılı TCK döneminde suçlar ağırlıklarına göre cürüm ve kabahat şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmuştu. Yine 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (CMUK) yürürlükte olduğu dönemde ilk derece ceza mahkemeleri sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri olmak üzere üçe ayrılmıştı. Bu mahkemelerin hangi davalara bakacaklarını belirlemek için suçlara ve dolayısıyla cezalara bakılmaktaydı.^[10] Bu açıdan bakıldığında yürürlükte oldukları dönemde (1412 sayılı CMUK ve 2014 yılına kadar CMK) sulh ceza mahkemelerinin nispeten basit nitelikte, karmaşık bir özellik göstermeyen, yaptırım olarak nispeten hafif nitelikteki uyuşmazlıkları; asliye ceza mahkemelerinin (dolayısıyla ağır ceza mahkemelerinin) ise daha komplike ve spesifik nitelikteki, yaptırım olarak daha ağır nitelikteki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturması hedeflenmiştir.^[11] Bahse konu ayrım yalnızca Türk yargı teşkilatı bakımından değil Alman, Avusturya ve İsviçre yargı teşkilatları bakımından da geçerlilik taşıyan, köklü ve uzun bir tarihsel geçmişe sahiptir.^[12]

Sulh mahkemesi ve asliye mahkemesi ayrımı hem hukuk yargısı hem de ceza yargısı bakımından geçerlilik taşıyan ve aynı zamanda pozitif hukuk açısından da dayanakları olan bir ayrımdır. Bu kapsamda sulh mahkemesi veya asliye mahkemesi makam olarak tektir; sulh mahkemesinin hukuk yargısı kısmında görev yapanı sulh hukuk, ceza yargısı alanında görev yapanı ise sulh ceza mahkemesi olarak nitelendirilmektedir. Aynı tespitin makam

[10] Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974), 242.

[11] CMUK döneminde sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görev alanlarına ilişkin açıklamalar için bkz. Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 243-244.

[12] Süha Tanrıver, "Sulh Hukuk-Asliye Hukuk Mahkemesi Ayrımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler", *TBB*, 2013/105 (Mart-Nisan 2013), 38-39. Sulh hukuk-asliye hukuk mahkemesi ayrımının medeni usul hukuku açısından arz ettiği özellikler için yine aynı çalışmaya bakılabilir.

olarak tek olan asliye mahkemeleri bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Dolayısıyla da sulh mahkemesi-asliye mahkemesi ayırımının rasyonelliğinin ve işlevselliğinin değerlendirilmesinde, hukuk ve ceza yargılamalarının bir küll olarak gözetilmesi gerekmektedir.^[13] 6545 sayılı Kanunla sulh ceza mahkemesi-asliye ceza mahkemesi şeklindeki köklü ayırımın çeşitli saiklerle *adaletsiz*^[14] görülerek kaldırılmış olması kanaatimizce hatalı bir tercih olsa da buna ilişkin tartışmalar mevcut çalışmanın konusunu aştığından bu konu üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

Hukuk yargılaması açısından bakıldığında sulh hukuk mahkemeleriyle asliye hukuk mahkemelerinin, hukuk yargısı alanında işlev üstlenmiş bulunan, tek hakimli, genel görevli ilk derece yargı yerleri olduğu görülmektedir (5235 SK m.5/2). Bu iki mahkeme arasındaki ilişki görev ilişkisi olarak ele alınmış (5235 SK m.6) olup, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) bu görev ilişkisinin içeriği somutlaştırılmakla kalmamış (HMK m.2, 4, 383) aynı zamanda bu ilişkiye özel bir takım hüküm ve sonuçlar da bağlanmıştır (HMK m.1, m.20, m.21/1-a, m.114/1-c, m.115/1,2, m.331/2, m.353/3, m.355, m.371/2).^[15]

Ceza muhakemesi hukuku açısından bakıldığında da mülga sulh ceza mahkemeleri, asliye ceza mahkemeleri ve ağır ceza mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olarak ele alınmıştır (5235 SK m.10, m.11, m.12; CMK m.3). CMK'da bu görev ilişkisine özel bir takım hüküm ve sonuçlar bağlandığı da görülmektedir (CMK m.4, m.5, m.6, m.7, m.9, m.10, m.11, m.16, m.17, m.19, m.170, m.280, m.289).

Son olarak üzerinde durulması gereken bir husus da mahkemelerin görevinin belirlenmesi konusunun, anayasal bir ilke konumunda bulunan ve hukuk devleti ilkesinin ana unsurlarından birisini oluşturan tabii hakim ilkesi ile mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesiyle sıkı bir bağlantı

[13] Tanrıver, "Sulh Hukuk-Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımı," 36.

[14] 6545 sayılı Kanunun gerekçesinde, aynı yargılama usulüne tabi asliye ceza ve sulh ceza mahkemesi ayırımının, bu mahkemeler arasında verilen görevsizlik kararları nedeniyle yargılamaların uzamasına yol açtığı ve mahkemeler arasındaki *adaletsiz iş dağılımına* neden olduğu ifade edilmiştir.

[15] Tanrıver, "Sulh Hukuk-Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımı," 36.

içerisinde bulunduğu hususunun göz ardı edilmemesi gerektiğidir.^[16] Bu kapsamda konuyla ilgili yapılacak yorumlarda görev konusunun kamu düzenine ilişkin olduğunun da unutulmaması gerekmektedir.

IV. MÜDAFİLİK KURUMUNUN İNCELEME KONUSU AÇISINDAN ÖNEMİ

Yukarıda yapılan tespit ve değerlendirmelerden sonra inceleme konusuyla bağlantılı bulunan müdafilik kurumu üzerinde de kısaca durmakta yarar görülmektedir.

Savunma hakkının ve adil yargılanma hakkının ceza muhakemesi hukukunda ifade ettiği önem tartışmasızdır. Bu kapsamda savunma ve adil yargılanma hakkının tam anlamıyla hayata geçirilmesi noktasında kanun koyucunun müdafiyeye özel bir önem atfettiği de tartışmasızdır. Zira ceza muhakemesinde gerçek anlamda bir savunma yapıldığından bahsedilebilmesi için müdafiyeye mutlak bir gereksinimdir. Bir başka ifadeyle sanığın müdafiyeye ile savunulması, savunma hakkının gerçek anlamda kullanılmasıdır.

Genel kabul gördüğü üzere müdafiyeye, şüpheli veya sanığın temsilcisi değil, ondan bağımsız bir toplumsal savunma süjesidir. Bu kapsamda toplumsal savunma görevini yerine getiren müdafinin, savunmasını üstlendiği şüpheli veya sanıktan bağımsız, serbest ve talimat ile bağlı olmayan bir konumda olduğu da söylenebilir. Gerçekten de örneğin CMK'nın 215 ve 216. maddelerine bakıldığında sanığa ve müdafiyeye ayrı ayrı söz verileceğinin gösterilmiş olması da müdafinin, şüpheli veya sanıktan bağımsız toplumsal savunma süjesi olduğunun en açık göstergelerinden bir tanesidir. Bu kapsamda, medeni usul hukukundaki “vekil” kavramından farklı olarak müdafiyeye, şüpheli veya sanığın lehine olmak kaydıyla, sanığın isteğine aykırı da savunma yapabilir. Örneğin sanık, tutukluluk halinin devamına karar verilmesini istese bile müdafiyeye tutuklu sanığın tahliyesini isteyebileceği gibi, sanık mahkumiyetine karar verilmesini istese bile müdafiyeye sanığın beraatini talep edebilir. Bazı durumlarda ise müdafiyeye, sanığın katılamayacağı ya da yapamayacağı bazı muhakeme işlemlerine katılma ve bu işlemleri bizzat yapma hakkına sahiptir. Örneğin, CMK m.201/1 uyarınca doğrudan soru yöneltme hakkı sanığa değil yalnızca müdafiyeye aittir.

[16] Tanrıver, “Sulh Hukuk-Asliye Hukuk Mahkemesi Ayrımı,” 37.

CEZA MUHAKEMESİ SİSTEMİMİZDE ÜÇ TÜR MÜDAFİLİK BULUNMAKTADIR^[17]: İlki, şüpheli veya sanığın kendisinin seçtiği ve soruşturma ve/veya kovuşturma evresinde savunmasını üstlenmesini istediği müdafiliktir (*iradi müdafilik*). İkincisi ise CMK m.150/1’de düzenlenen ve kanuni bir zorunluluk olmamasına rağmen şüpheli veya sanığın müdafii yardımından yararlanmak istediğini ancak müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ettiği durumdur (*ihityari müdafilik*). Burada ilkinden farklı olarak hangi müdafinin savunmada görev alacağı şüpheli veya sanığın iradesine bağlı olmayıp müdafii ücreti de baro tarafından karşılanmaktadır. Üçüncü müdafilik türü ise *zorunlu müdafilik* olup CMK m.150/2, 3’te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise veya alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suç söz konusuysa istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir.^[18] CMK m.151’e göre 150. madde kapsamında görevlendirilen zorunlu müdafii, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevi yerine getirmekten kaçınırsa, hakim veya mahkeme derhal başka bir müdafii görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapar. Bu durumda mahkeme oturuma ara verebileceği gibi oturumun ertelenmesine de karar verebilir. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda CMK m.151’e uyulmaksızın zorunlu müdafii olmadan verilen kararları hukuka aykırı bulmaktadır.^[19]

[17] Ayrıntılı bilgi için bkz. Serhat Sinan Kocaoğlu, *Müdafii*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 113 vd.

[18] Zorunlu müdafilik kurumu kendi içerisinde *görevlendirilmiş (atanmış) zorunlu müdafii* ve *seçilmiş zorunlu müdafii* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. CMK m.150/2,3’te belirtilen durumlarda şüpheli veya sanığın müdafii yoksa görevlendirilen veya atanmış müdafii *görevlendirilmiş zorunlu müdafii* olarak isimlendirilmektedir. Zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu durumlarda şüpheli veya sanığın seçtiği müdafii ise her ne kadar baro tarafından atanmamış olsa da yine de zorunlu müdafii statüsündedir. Bundan dolayı zorunlu müdafilik şartlarını taşıyan ancak şüpheli veya sanığın seçtiği müdafii, *seçilmiş zorunlu müdafii* olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Kocaoğlu, 126.

[19] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 22.11.2018 T., 2016/20-1107 E., 2018/560 K.; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.03.2020 T., 2019/6-74 E., 2020/187 K.; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 06.02.2020 T., 2017/14-578 E., 2020/61 K., Erişim: www.lib.kazanci.com.

Kanun koyucu yukarıda ifade edildiği üzere dezavantajlı durumda bulunan bazı kişiler ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından kabul ettiği zorunlu müdafilik sisteminin kapsamını önemli gördüğü bazı muhakeme işlemlerinin yapılması bakımından da kabul etmiş ve zorunlu müdafilik sisteminin kapsamını genişletmiştir. Bir başka deyişle kanun koyucu CMK'da gösterilen bazı usul işlemlerinin yapılması sırasında da müdafinin hazır bulunmasını zorunlu kılmış olabilir. Bu muhakeme işlemlerine de kısaca değinmekte yarar görmekteyiz.

Bu işlemlerden ilki gözlem altına almadır. CMK m.74'e göre fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için uzman hekimin önerisi üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesinden sonra resmi bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir. Eğer şüpheli veya sanığın müdafii yoksa hakim veya mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından bir müdafii görevlendirilir. Bu kapsamda gözlem altına alma kararı verilebilmesi için şüpheli veya sanığa şayet müdafii yoksa mutlaka zorunlu bir müdafii görevlendirilmesi gerekmektedir.

İkinci işlem gözaltına almayı düzenleyen CMK m.91'dir. Maddenin yedinci fıkrasına göre gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hakimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafii de hazır bulunur.

Üçüncü işlem ise CMK'nın 101. maddesinin üçüncü fıkrasıdır. Buna göre şüpheli veya sanığın tutuklanması istenildiğinde şayet müdafii yoksa zorunlu müdafii görevlendirilir.

Dördüncü işlem ise yine tutuklama koruma tedbiri bakımından karşımıza çıkmaktadır. CMK m.102/3'e göre tutukluluğun uzatılmasına karar verilmeden önce şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşü alınmak zorundadır. Bu aşamada şüpheli veya sanığın müdafii yoksa zorunlu müdafii görevlendirilmesi gerekecektir.

Beşinci işlem ise sanığın duruşma salonundan çıkarılması durumunda karşımıza çıkmaktadır. CMK m.204'e göre davranışları nedeniyle hazır bulunmasının, duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığında sanık, duruşma salonundan çıkartılır. Duruşma salonundan

çıkartılan sanığın müdafii yoksa, mahkeme barodan bir müdafii görevlendirilmesini ister. Bu durumda da zorunlu müdafilik durumu söz konusudur.

Altıncı ve son işlem ise duruşma yapılmasına karar verilen hallerde kaçak sanığın müdafii yoksa, mahkemenin kaçak sanık için barodan bir avukat görevlendirilmesini istemesidir (CMK m. 247/4).

CMK'da düzenlenen bahsi geçen bu ceza muhakemesi işlemlerinin yapılabilmesi için müdafinin hazır bulunması zorunludur. Bu muhakeme işlemlerinin soruşturma evresinde yapılması durumu mevcut çalışmanın konusunu oluşturmamaktadır. Çalışmamız açısından önem arz eden husus, bahse konu muhakeme işlemlerine kovuşturma evresinde ve yalnızca asliye ceza mahkemesince başvurulması durumuyla sınırlıdır. Zira avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların soruşturma evresinde sulh ceza hakimliğindeki müdafinin hazır bulunduğu işlere veya kovuşturma evresinde ağır ceza mahkemesindeki duruşmalara yanında staj yaptıkları avukatın muvafakatiyle bile olsa hiçbir şekilde girebilmeleri mümkün değildir.

Şayet avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girebilmeleri mümkün kabul edilecek olursa biraz sonra bahsedeceğimiz sorunların hiçbirisiyle karşılaşılacaktır. Buradaki asıl mesele, bu statüdeki stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girmelerinin mümkün görülmemesi durumunda karşımıza çıkacaktır ki çalışmada savunulan görüş de bu doğrultudadır. Bir başka deyişle, mevzuat gereği asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girme yetkilerinin olmadığını kabul ettiğimiz bu statüdeki stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girmiş olmaları ceza muhakemesi hukuku bakımından nasıl sonuçlar doğuracaktır? Bu soruya verilecek cevabın büyük önem taşıdığı ifade edilebilir.

Dezavantajlı durumda bulunan bazı kişiler (CMK m.150/2) ve alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar (CMK m.150/3) bakımından kabul edilen zorunlu müdafilik sistemi ile kanun koyucunun önemli gördüğü bazı muhakeme işlemlerinin yapılması sırasında kabul edilen zorunlu müdafilik sistemi ile amaçlanan, kovuşturma evresinde yaşanabilecek olası insan hakkı ihlallerini ve hukuka aykırı uygulamaları ortadan kaldırmak aynı zamanda sanığın savunma ve adil yargılanma hakkı başta olmak üzere yargılamaya ilişkin temel haklarını korumaktır. CMK'nın, müdafinin görevini yerine getirmediğinde yapılacak işlemi düzenleyen 151. maddesine göre, 150.

madde hükmüne göre görevlendirilen zorunlu müdafî^[20], duruşmada hazır bulunmaz veya vaktisiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, hakim veya mahkeme tarafından derhal başka bir müdafî görevlendirilmesi için gerekli işlemler yapılır. Böyle bir durumda mahkeme oturuma ara verebileceği gibi oturumun ertelenmesine de karar verebilir. Elbette ki zorunlu müdafî görevlendirme işlemi bakımından görevlendirilecek müdafinin hukuki yardımın yapılacağı yerin bağlı bulunduğu baroya kayıtlı bir avukat olacağı izahtan varestedir. Bununla birlikte CMK m.150 uyarınca görevlendirilen zorunlu müdafilerin de haklı mazeretleri olması halinde başka bir avukata yetki vererek o avukatın duruşmaya girmelerini sağlaması da mümkündür (Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m.6/3). Yönetmelikte, yetki verilecek avukatın, avukat yanında staja başlayan bir stajyer avukat olup olamayacağıyla ilgili herhangi bir açıklamaya yer verilmediği görülmektedir. Bu kapsamda CMK uyarınca zorunlu müdafî olarak atanmış bir avukatın, yanında staja başlayan stajyer avukata yetki verebilmesinin önünde herhangi bir yasal engel olmadığı söylenebilir. Kaldı ki CMK'nın zorunlu müdafî görevlendirilmesini kabul ettiği durumlarda, kişinin kendi seçtiği müdafinin hukuki yardımından yararlanmayı tercih etmesi halinde, bu müdafinin -biz aksi görüşte olsak da- asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara, yazılı oluru/muvafakatnamesi ile yanında staja başlayan stajyer avukatı sokabildiği bilinmektedir. Bu nedenle CMK uyarınca gerçekleştirilen zorunlu müdafî görevlendirilmeleri bakımından da Yönetmeliğin 6. maddesinin üçüncü fıkrası göndermesiyle -her ne kadar çalışmada aksi savunuluyor olsa da- stajyer avukatların duruşmalara girebilmesinin mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Buna karşın bizim savunduğumuz görüşe göre CMK m.150 uyarınca görevlendirilen ihtiyari veya zorunlu müdafî, asliye ceza mahkemesindeki duruşmaya katılmaz ve yerine yanında staja başlayan stajyer avukatı görevlendirecek olursa, böyle bir durumda müdafinin duruşmada hazır bulunmadığını kabul etmek ve CMK m.151 uyarınca derhal başka bir müdafî görevlendirilmesi yoluna gitmek gerekmektedir. Bir başka ifadeyle bizim savunduğumuz görüşe göre zorunlu veya ihtiyari müdafî yerine duruşmaya giren/katılmak isteyen stajyer avukatın mahkeme tarafından duruşmaya zorunlu veya ihtiyari

[20] Ayrıntılı bilgi için bkz. Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik. R.G. Tarih-Sayı: 02.03.2007-26450.

müdafî sıfatıyla katılmasına izin verilmemesi ve CMK m.150 hükmüne göre görevlendirilen müdafinin duruşmada hazır bulunmadığından bahisle CMK m.151 hükmünün işletilmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda konuyla yakından ilgisi olması sebebiyle duruşmada hazır bulunacak süjelerle ilgili düzenleme getiren CMK'nın 188. maddesine de değinmekte yarar görmekteyiz. 188. maddenin birinci fıkrası şu şekildedir: "Duruşmada, hükme katılacak hakimler ve Cumhuriyet savcısı ile zabıt katibinin ve Kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hallerde müdafinin hazır bulunması şarttır." Bu kapsamda zorunlu müdafiliğin kabul edildiği durumlar bakımından (görevlendirilmiş veya seçilmiş) zorunlu müdafinin duruşmada hazır bulunması yargılama şartı olarak nitelendirilebilir. Zorunlu müdafinin duruşmada hazır bulunması, 188. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine ilk olarak 2016 yılında 676 sayılı KHK'nın 5. maddesi ile gelen ve 2017 yılında 696 sayılı KHK'nın 96. maddesiyle ise ufak bir değişikliğe uğrayan ve en son 2018 yılında kabul edilen 7070 sayılı Kanun'un 5. maddesi son şeklini alan ikinci cümledeki "Müdafinin mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi veya duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir." şeklindeki istisna durum haricinde bir zorunluluktur. CMK m.151/1'den farklı olarak CMK m.188/1'in ikinci cümlesindeki "müdafî"den kastedilenin yalnızca zorunlu müdafî olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle sanık burada zorunlu müdafinin yardımından yararlanma hakkından feragat etme yetkisine sahip olmadığı gibi mahkemenin zorunlu müdafinin duruşmada hazır bulunma hak ve yükümlülüğünden müdafii muaf tutma yetkisi de bulunmamaktadır. CMK m.188/1, c.1 yalnızca zorunlu müdafilik için geçerli olup ihtiyari müdafilik ve zorunlu müdafilik şartları dışında kalan durumlarda iradi müdafilik bu kapsamda mütalaa edilemez; bir başka deyişle CMK m.150/2, 3 kapsamı dışında kalan durumlarda müdafinin duruşmada hazır bulunmaması duruşmanın devamına engel teşkil etmeyecektir.

Bu açıdan bakıldığında CMK m.151/1 ile CMK m.188/1, c.2. arasında bir çelişki olduğu dikkat çekmektedir.^[21] Bu iki normatif düzenlemeden ceza muhakemesinin amacına, evrensel ilkelerine, Anayasa'ya (m.36/1) ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere (AİHS m.6/3-c) uygun olanı şüphesiz CMK'nın 151. maddesindeki düzenlemedir. CMK'nın 188. maddesinin

[21] Benzer yönde tespitler için bkz. Ersan Şen, "CMK m.151/1 ile 188/1 Çelişkisi," <https://www.hukukihaber.net/cmk-m1511-ile-1881-celiskisi-makale,5656.html>

birinci fıkrasının ikinci cümlesinin fıkraya eklenmesi ile amaçlananın her ne kadar sanığın ve müdafinin savunma hakkı adı altında duruşmayı uzatmaya ve olası bir mahkumiyet kararı verilmesini geciktirmeye yönelik “*usuli manevra*” olarak nitelendirilen uygulamadaki bazı örneklerin önüne geçmek olduğu ifade edilse de hukuk devleti olmanın olmazsa olmaz bir ilkesi konumunda bulunan “savunma hakkı”nın, uygulamada yaşanan bazı *-olumsuz-* örneklerden hareketle kısıtlanmaya çalışılmasının doğru olmadığını düşünmekteyiz. Söz konusu değişikliğin getirilme amaçlarından biri olarak, hukukun evrensel ilkelerinden birisi konumundaki “bir hakkın kötüye kullanımının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı” şeklindeki ilke gösterilecek de olsa, müdafinin kendine göre belirlediği savunma stratejisinin bir parçası olarak da görülmesi pek muhtemel böyle bir hamle sonrasında, sanığın ceza muhakemesindeki en temel hakkı olan savunma hakkından mahrum bırakılmasının isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Gerçekten de zorunlu müdafiliğin şartlarının gerçekleştiği durumlarda, bazı varsayımlardan ve çıkarımlardan hareketle sanığın müdafisiz bir şekilde savunma hakkından mahrum bırakılacak şekilde yargılanmasının kabul edilemeyeceği ortadadır. Bu açıdan bakıldığında olması gereken, CMK’da yapılacak bir kanun değişikliği ile CMK m.188/1, c.2’nin yürürlükten kaldırılması, şayet bu yapılmayacaksa da yukarıda belirttiğimiz çekinceler çerçevesinde yeniden ve daha da önemlisi CMK m.151/1 ile uyumlu düzenleme yapılmasıdır. Bu değişiklik yapılırken ceza muhakemesine ve hukuk devleti ilkesine egemen olan ilkelerden uzaklaşılması da temennimizdir.

Bu açıklamalar ışığında kanaatimizce özellikle zorunlu ve ihtiyari müdafilikte, müdafinin duruşmada hazır bulunması ve sanığa hukuki yardımda bulunması gerekliliği, devletin sahip olduğu cezalandırma ve yargılama yetkisinin sınırlandırılması sonucunu doğurmakta ve böylelikle de devletin yargı yetkisinin sınırlarından birisini oluşturmaktadır. Zira burada devlet, kural olarak müdafii hazır bulunmaksızın onun yokluğunda yargılama yapabilme yetkisine sahip olmasına rağmen, benimsemiş olduğu kurullarla bu yetkiyi bizzat kendisi sınırlandırma (*self-limiting*) yoluna gitmektedir. Buna ilişkin CMK’daki en önemli normatif düzenlemelerin CMK m.149/1, m.150/1, 2, 3 ve m.151/1, 2 olduğu söylenebilir. Bu maddeler arasındaki insicamı bozan ve yukarıda detaylarına değinilen CMK m.188/1, c.2 üzerine yukarıdaki çekinceler çerçevesinde eleştirel düşünmeyle yaklaşılmasının yerinde olacağı ifade edebiliriz.

V. VEKİLLİK KURUMUNUN İNCELEME KONUSU AÇISINDAN ÖNEMİ

Katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukata vekil denilmektedir (CMK m. 2/1-d). Bu kapsamda asliye ceza mahkemelerindeki yargılamalarda katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişinin kendisini vekil vasıtasıyla temsil ettirebilmesi mümkündür. Uygulamada vekalet ilişkisine dayalı olarak katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi temsil eden avukata *iradi vekil* denilmektedir.

Mağdur veya şikayetçi şayet vekili yoksa, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı veya ısrarlı takip suçları ile kadına karşı işlenen kasten yaralama, işkence veya eziyet suçlarında ve alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme hakkına sahiptir (CMK m. 234/1-b-5). Katılan da benzer haklara sahiptir (CMK m. 239/1). Konumuz açısından bakıldığında -kural olarak-^[22] alt sınırı beş yıldan fazla üst sınırı on yıldan az hapis cezasını gerektiren suçların yanında cinsel saldırı suçunun temel şekli ile sarkıntılık aşamasında kalmış daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali (TCK m.102/1), çocukların cinsel istismarı suçunun sarkıntılık aşamasında kalmış daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali (TCK m. 103/1, c.2), ısrarlı takip suçu (TCK m. 123/A), kadına karşı işlenen kasten yaralama suçu ve eziyet suçu (TCK m. 96) bakımından da görevli mahkemenin asliye ceza mahkemesi olduğu söylenebilir. Bu suçlara ilişkin yapılacak yargılamalarda mağdur veya şikayetçinin vekili yoksa talebi halinde asliye ceza mahkemesindeki yargılamada baro tarafından kendisine bir vekil görevlendirilecektir. Uygulamada bu şekilde görevlendirilen avukata *ihtiyari vekil* denilmektedir.

Bununla birlikte mağdur on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve bir vekili de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir (CMK m. 234/2). Katılan bakımından da benzer bir hükme yer verilmiştir (CMK m. 239/2). Bu niteliklere sahip kişiler bakımından vekil görevlendirme zorunluluğu bulunmakta olup uygulamada bu şekilde görevlendirilen avukata *zorunlu vekil* denilmektedir.

CMK m. 234/2 veya m. 239/2 uyarınca görevlendirilen zorunlu vekilin haklı mazeretinin olması halinde başka bir avukata yetki vererek o avukatın

[22] İstisnalar için bkz. 5235 sayılı Kanun m.12.

duruşmaya girmesini sağlaması mümkündür (Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 6/3). Yukarıda zorunlu müdafîye ilişkin bölümde de ifade olunduğu üzere Yönetmelikte yetki verilecek avukatın, avukat yanında staja başlayan bir stajyer avukat olup olmayacağıyla ilgili herhangi bir açıklamaya yer verilmediği görülmektedir. Çalışmada savunduğumuz görüşe göre CMK m. 234/2 veya m. 239/2 uyarınca görevlendirilen zorunlu vekil, duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken kişilerden (CMK m. 289/1-e) kabul edildiğinden, asliye ceza mahkemesindeki duruşmaya katılmaz ve yerine yanında staja başlayan stajyer avukatı görevlendirecek olursa, böyle bir durumda zorunlu vekilin duruşmada hazır bulunmadığını kabul etmek ve CMK m.151 hükmünü kıyasen uygulamak suretiyle derhal başka bir zorunlu vekil görevlendirilmesi yoluna gitmek gerekmektedir.

CMK m.188'de duruşmada hazır bulunacak kişiler sayılırken yalnızca zorunlu müdafîye yer verilmiş buna karşılık zorunlu vekilden bahsedilmemiştir. CMK m. 188'i tamamlayan CMK'daki bir diğer düzenleme ise hukuka kesin aykırılık hallerine ilişkin 289. maddedir. Maddenin birinci fıkrasının e bendine göre Cumhuriyet savcısı veya duruşmada *kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişilerin* yokluğunda duruşma yapılması hukuka kesin aykırılık hallerinden birisi olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda kanaatimizce her ne kadar CMK m.188'de yalnızca zorunlu müdafîye yer verilmiş olsa da^[23] CMK m. 289'un lafzından ve ruhundan hareketle zorunlu vekilin de duruşmada hazır bulunması gerekmekte olup onun yokluğunda duruşma yapılması hukuka kesin aykırılık hali olarak değerlendirilecektir.^[24] Zira CMK m. 234/2 ile CMK m. 150/2 arasında

[23] CMK'nın mevcut 234. maddesinin 2. fıkrası TBMM Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen tasarıda yer almamasına rağmen TBMM Adalet Komisyonundaki görüşmeler sırasında silahların eşitliği ilkesine gönderme yapılarak tasarıya eklenmiş ve TBMM Genel Kurulu'nda da aynen korunarak kabul edilmiştir. Bir başka deyişle CMK m.234/2'nin sonradan metne dahil edildiği ortadadır. Bu nedenle kanaatimizce CMK m.188'de duruşmada hazır bulunacak kişiler sayılırken zorunlu vekilden bahsedilmemiş olması kanun koyucunun unutkanlığının (!) bir sonucu olarak değerlendirilmelidir yoksa zorunlu vekilin duruşmada hazır bulunması gereken kişilerden birisi olmadığının değil!

[24] Buna karşılık Yargıtay'ın bu gibi durumları hukuka kesin aykırılık hali olarak görmediği daha ziyade usuli bir eksiklik olarak değerlendirerek bozma kararı verdiği

amaçsal bir bağlantı olduğu zira her iki maddenin de adil yargılanma hakkının ve silahların eşitliği ilkesinin teminatı olarak kabul edilmesi gerektiği izahtan varestedir.

Bu açıklamalar ışığında kanaatimizce zorunlu vekilin duruşmada hazır bulunmasının kanun gereği zorunlu tutulduğu hallerde, zorunlu vekil hazır bulunmaksızın yargılama yapılabilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda zorunlu vekilin hukuki yardımda bulunması gerekliliği, müdafilik kurumundakine benzer şekilde, devletin sahip olduğu yargılama yetkisinin sınırlandırılması sonucunu doğurmakta ve böylelikle de devletin yargı yetkisinin sınırlarından birisini oluşturmaktadır. Zira burada devlet, kural olarak zorunlu vekil hazır bulunmaksızın yargılama yapabilme yetkisine sahip olmasına rağmen, benimsemiş olduğu kurallarla bu yetkiyi bizzat kendisi sınırlandırma (*self-limiting*) yoluna gitmektedir. Buna ilişkin CMK'daki en önemli normatif düzenlemelerin CMK m.234/2, m.239/2 ve m.289 olduğu söylenebilir.

VI. AVUKAT YANINDA STAJ YAPAN STAJYER AVUKATLARIN YANINDA STAJ YAPTIĞI AVUKATIN YAZILI MUVAFAKATI/OLURU İLE ASLİYE CEZA MAHKEMELERİNDEKİ DURUŞMALARA GİRMESİNİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI

Yukarıda ayrıntıları ifade olunduğu üzere 2014 yılında 6545 sayılı Kanunla sulh ceza mahkemelerinin kapatılmasıyla birlikte bu mahkemelerdeki duruşmalara girme hakkına sahip olan avukat yanında staj yapan stajyer avukatların, asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girip giremeyecekleri tartışması başlamıştır. Bu tartışma üzerine Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'nın 16.02.2016 tarih ve 1430 sayılı yazısı ile 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

görülmemektedir. Yargıtay'a göre on sekiz yaşından büyük olup dosya içerisinde bulunan adli rapora göre orta derecede zeka geriliği denilen akıl zayıflığı nedeniyle kendisine yönelik gerçekleştirilen eylemlerin hukuki anlam ve sonuçlarına algılayamayacak durumda bulunan katılan mağdureye CMK'nın 234/2 ve 239/2 maddelerine göre vekil atanmasının zorunlu olduğu; bu işlemin hüküm verilinceye kadar yerine getirilmemesi durumunda ise hükümden sonra mağdureye vekil atanması sağlanarak CMK'nın 35/2 hükmü uyarınca gerekçeli kararın zorunlu vekile tebliğ edilmesi gerekmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 16.04.2019 T., 2017/14-669 E., 2019/323 K. Benzer nitelikte bir diğer karar için bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 31.10.2018 T., 2017/17550 E., 2018/16302 K. Erişim: www.lib.kazanci.com.tr

84. maddesi ile 5320 sayılı Türk Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna eklenen Geçici 6. madde uyarınca sulh ceza mahkemelerinin kaldırılması karşısında bu mahkemelerde yetki belgesi ile duruşmaya giren stajyer avukatların, sulh ceza mahkemeleri yerine asliye ceza mahkemelerinde duruşmaya girebilmelerinin mümkün olup olmadığı hususunda görüş istemini içeren yazısının incelenmesi sonrasında, Adalet Bakanlığı'nın (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü) 26.12.2016 tarihli cevabi görüş yazısında mevzuattaki bazı düzenlemelere değinildikten sonra özetle şu tespitlere yer verildiği görülmektedir.^[25]

6545 sayılı Kanunun 83. maddesiyle 5320 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddesinin kanunlarda sulh ceza mahkemesi veya sulh ceza hakimliğine yapılan atflardan, yargılamaya ilişkin olanların asliye ceza mahkemesine veya hakimine yapılmış sayılacağına ilişkin hükmü, 5320 sayılı Kanunun Geçici 6. maddesi ve bu maddenin gerekçesi ile avukatlık stajının amacı birlikte değerlendirildiğinde, düzenlemenin maksadının 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 26. maddesinin stajyer avukatlara tanıdığı, sulh ceza mahkemelerinde duruşmalara katılabilmelerine yönelik haklarını kaldırmak olmadığı anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, Borçlar Kanunu ve Avukatlık Kanunu kapsamında vekalet, tarafların karşılıklı güven duygusuna dayalı hukuki bir ilişkiyi ifade etmektedir. Avukatın, takip ettiği işler yönünden müvekkiline karşı özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda, Avukatlık Kanununun 26. maddesinde, stajyer avukata yanında staj yaptığı avukatın yazılı muvafakati ile ve onun gözetimi ve sorumluluğu altında duruşmalara girme ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütme yetkisi tanınması karşısında stajyer avukatın takip ettiği işler yönünden yanında staj yaptığı avukatın cezai, hukuki ve disiplin yönünden sorumluluğunun bulunduğu da tartışmasıdır.

Bu itibarla, stajyer avukatların Asliye Ceza Mahkemeleri duruşmalarına girebileceklerinin uygun olacağı düşünülmekle birlikte kişinin vekil sıfatıyla temsil yetkisinin bulunup bulunmadığını takdir yetkisi ilgili yargı merciine ait bulunmaktadır.

Söz konusu görüş yazısının içeriğiyle ilgili tespit ve değerlendirmelere geçmeden önce, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün böyle

[25] <http://d.barobirlik.org.tr/2017/20170102140001718.pdf>

bir konuda görüş ortaya koyma yetkisinin olup olmadığını tespit etmenin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin^[26] Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün görev ve yetkisini düzenleyen 41/A maddesi şu şekildedir:

Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü

MADDE 41/A- (Ek: RG-10/1/2019-30651-CK-27/9 md.)

(1) Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri şunlardır:

- a) 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile 18/1/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanununda verilen görevleri yapmak ve ceza uygulamalarını gerektiren işlerde evrakı ilgili mercie tevdi etmek,
- b) 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan mevzuatın Bakanlıkça yapılması gereken işlemlerini yürütmek,
- c) Kanun yararına temyiz yoluna başvurulması işlemlerini yürütmek,
- ç) 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda verilen görevleri yapmak,
- d) 3/11/2016 tarihli ve 6754 sayılı Birlikliklik Kanununda verilen görevleri yapmak,
- e) Bakan tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

Bahse konu Kararname'nin 41/A maddesi incelendiğinde Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün görev ve yetkileri içerisinde mevzuatta yapılan değişiklik sonrasında stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerinde veya herhangi bir mahkemede stajla ilgili yaşayabilecekleri mevcut veya müstakbel sorunlara ilişkin çözüm önerisi veya görüş bildirmenin bulunmadığı görülmektedir. Bu yönüyle bahse konu "Görüş"ün hukuki dayanağının olmadığı ortadadır. Kaldı ki böyle bir faaliyetin herhangi bir idari makamın görev ve yetkisi içerisinde kalması da mümkün değildir. Zira Anayasa'nın 9. maddesine göre yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır. Yine Anayasa'nın 138. maddesine göre de hakimler görevlerinde bağımsız olup, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin

[26] R.G. Tarih-Sayı: 10.07.2018-30474.

kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Bu açıdan bakıldığında stajyer avukatların yazılı yetki belgesi (muafakatname) ile asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girebileceklerinin uygun olduğu yolundaki görüşün yerinde olmaması bir yana, bu konuda nihai karar mercii konumundaki mahkemelere ait münhasır yargılama yetkisine müdahale içerdiği de dikkate alındığında “Görüş”/”Düşünce” adı altında olsa bile Anayasa’ya aykırılık oluşturduğu ve bu yönüyle söz konusu yazının hukuka uygun olmadığı düşünülmektedir. Bahse konu “Görüş” yazısının şekli olarak hukuka uygun olmadığını tespit ettikten sonra birçok baro ve mahkeme tarafından Bakanlığın görüşü çerçevesinde avukat yanında staj yapan stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara müdafî/vekil sıfatıyla kabul edildikleri ve stajyer avukatların katılımıyla duruşmaların yapıldığı görülmektedir. Peki acaba böyle bir uygulama hukuka uygun mudur?

Türk yargı teşkilatında yukarıda da ifade olunduğu üzere “*asıl görevli mahkeme*” konumunda olan ve bu nedenle de ismi “*asliye*” olarak anılan hukuk ve ceza alanında görevli mahkemeler konumundaki asliye ceza ve asliye hukuk mahkemelerinin ilgili hukuk alanındaki birçok önemli nitelikteki uyumsuzluğu çözme görevinin bulunması, bu davalar bakımından henüz avukatlık stajının ilk altı ayını yeni bitirmiş avukat stajyerlerinin tek başlarına sorumluluk üstlenebileceği türde uyumsuzluklar olarak nitelendirilemez. Bu yüzdendir ki avukat yanında staj yapan stajyerler avukatların asliye hukuk mahkemelerindeki davalara girmelerine mevzuatımız cevaz vermemiştir. Temel hak ve özgürlüklere en ağır müdahalelerin yapılmasının mümkün olduğu bir muhakeme dalı olan ceza muhakemesinin kovuşturma evresinde asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara müdafî veya vekil sıfatıyla avukatlık stajlarının ikinci altı ayındaki stajyer avukatların girmesinin bu muhakeme dalının tabiatıyla ve amacıyla bağdaşmadığını düşünmekteyiz. Kanun koyucunun asliye hukuk mahkemelerinin görev alanına giren tapu şerhinin kaldırılması davası, tapuya şerh verilmesi davası, istirdat davası, vasiyetnamenin iptali davası, geçit hakkı davası, itirazın iptali davası gibi malvarlığına ilişkin davaların duruşmalarına bile girme yetkisi tanımadığı bir stajyer avukatın, üst sınırı on yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere ilişkin duruşmalara girme yetkisine sahip kılınmasının bırakın mevzuatı salt hukuk mantığı açısından bile doğru olmayacağı ortadadır. Kaldı ki asliye ceza mahkemelerinde yapılan yargılamalarda, iddianamenin esasını oluşturan fiillerin birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet verdiği

durumlarda sanık hakkında onlarca yıllık hapis cezalarına hükmedilebilmesi işten bile değildir. Bu yargılamalarda koruma tedbirlerinin de uygulanma ihtimali söz konusu olduğunda sanık açısından müstakbel ceza riskinin yanına mevcut bir riskin (temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması) de eklenebileceği ortadadır.

Stajyer avukatların mesleğe başlamadan önce staj aşamasında tecrübe kazanmaları için duruşmalara girmelerinin önemli olduğu izahtan varestedir. Ancak bunu yaparken bazı kurallardan ve ilkelerden uzaklaşılması kanaatimizce önem taşımaktadır.

Elbette ki avukat yanında staj yapan stajyer avukatların stajlarının bitiminde adli yargı ilk derece ceza mahkemelerinin, bölge adliye mahkemeleri ceza dairelerinin, Yargıtay ceza dairelerinin tamamındaki duruşmaları takip edebilecekleri gerçeği dikkate alındığında avukat stajyerlerinin staj aşamasında tecrübe kazanmalarını sağlamaya yönelik uygulamalara yer verilmesinin isabetli olacağı şüphesizdir. Ancak bunu tek başına stajyer avukatın “omuzlarına yüklemek” temsil ettiği sanık veya mağdur/katılan açısından olumsuz bazı sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle kanaatimizce ceza muhakemesinin arz ettiği özellikler dikkate alındığında avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların, yanında staj yaptığı avukatlarla birlikte bahse konu duruşmalara girmelerinin daha faydalı olacağını düşünmekteyiz. Hatta önerimiz kabul görececek olursa yalnızca asliye ceza mahkemelerinde değil ağır ceza mahkemelerindeki duruşmalara da stajyer avukatların, yanında staj yaptıkları avukatla birlikte girmelerinin, bu stajyer avukatların mesleğe atıldıklarında kendileri açısından çok daha büyük bir fayda sağlayacağını düşünmekteyiz. Gerçekten de Avukatlık Kanunu'nun 23. maddesinin ikinci fıkrasında^[27] ifade edilen “Stajyer, avukatla birlikte duruşmalara girmek(le) ... yükümlüdür.” şeklindeki ifadeden de anlaşılacağı üzere stajyer avukatın,

[27] Benzer bir hükme Avukatlık Staj Yönetmeliği'nin 17. maddesinde yer verildiği görülmektedir. “Avukatın yükümlülüğü” başlıklı 17. madde şu şekildedir: “Avukat, stajyerini hukukun üstünlüğü ilkesine, meslek ilke ve kurallarına bağlı, hukuk bilgilerini somut olaylara uygulayabilecek nitelikte, bağımsız ve özgür bir avukat olarak yetiştirmekle yükümlüdür. /.../ Bu yükümlülük kapsamında avukat, stajyeri Avukatlık Kanununun 23 üncü maddesinde belirtilen duruşmalara ve cezaevi görüşmelerine birlikte gitmek, mahkemeler ve idari makamlardaki işleri takip etmek, dava dosyalarını ve yazışmaları düzenlemek imkanını sağlayarak eğitir. Stajyere bu işler dışında bir iş yüklenemez. /.../ Avukat, stajyerin Baro eğitim çalışmalarına katılmasını, devamını ve başarısını denetlemekle yükümlüdür.”

yanında staj yaptığı avukatla birlikte duruşmalara girmesinde (buradaki avukatla birlikte duruşmalara girmekten kasıt, stajyer avukatın dinleyici kısmında değil, avukatın fiziken yanında durması olarak anlaşılmalıdır) hukuki bir beis de olmadığı düşünülmektedir. Bununla birlikte uygulamada stajyer avukatların gerek hukuk gerek ceza mahkemelerinde yanında staj yaptığı avukatlarla birlikte duruşmalara girmedikleri de gözlemlenmektedir. Bunun temelinde söz konusu hükme uygulamada avukatlar tarafından işlerlik kazandırma hususunda gereken özenin gösterilmemesinin ve genel olarak bu bağlamda ihmali bir tutum takınılmasının yattığı söylenebilir. Uygulamada ortaya çıkan bu ihmali fiili tutum, avukatlık stajıyla ulaşılmaya hedeflenen amaçlara (Avukatlık Staj Yönetmeliği m.1) ulaştırmayı zorlaştırdığı ve hatta imkansızlaştırdığı gibi aynı zamanda stajyerini, hukukun üstünlüğü ilkesine, meslek ilke ve kurallarına bağlı, hukuk bilgilerini somut olaylara uygulayabilecek nitelikte, bağımsız ve özgür bir avukat yetiştirmekle yükümlü kılınmış avukatın da (Avukatlık Staj Yönetmeliği m.17) yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğuracaktır. Kaldı ki avukatın, stajyerini iyi bir avukat olarak yetiştirebilmek için onunla birlikte duruşmaya girmesi çok büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda kanaatimizce gerek Avukatlık Kanunu'nun 23. maddesindeki gerek Avukatlık Staj Yönetmeliği'nin 17. maddesindeki bu hükme işlerlik kazandırılmasıyla birlikte avukatlık stajıyla amaçlanan hedeflere ulaşmada önemli bir aşama kat edileceği söylenebilir.

Tam bu noktada mevzuatımızdaki bir düzenlemeye de temas etmekte yarar görmekteyiz. Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmeliğin^[28] “Avukat stajyerinin hükümlü ve tutuklu ile görüşmesi” başlıklı 23. maddesine göre “Stajyer avukatlar, avukatlarla birlikte olmak koşulu ile hükümlü ve tutuklular ile görüşebilir.” Bu düzenlemeden hareketle stajyer avukatların tek başına hükümlü ve tutukluyla bile görüşmesine izin verilmeyen bir sistemde, stajyer avukatların temel hak ve özgürlüklere en ağır müdahalenin gerçekleştirildiği ceza muhakemesinde müdafî (veya vekil) olarak duruşmalara tek başına girmelerine izin verilmesinin yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

Avukatlık Kanunu'nun 26. maddesinde avukat yanında staj yapan stajyer avukatların sulh ceza mahkemelerindeki duruşmalara girmelerine izin verilmesinin temelinde, stajyer avukatın tecrübe kazanması düşüncesinin yattığı söylenebilir. Yukarıda da ifade olunduğu üzere üst sınırı iki yıla kadar

[28] R.G. Tarih-Sayı: 17.06.2005-25848

hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili yargılama yapma yetkisine sahip bir mahkemede stajyer avukata yetki verilmesi kısmen yerinde bir uygulama olarak görülebilirse de sulh ceza mahkemelerinin kapatılması sonrasında bu stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girmelerinin mümkün olduğu şeklinde bir yorum yapılmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir. Şayet kanun koyucunun amacı stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girmelerini sağlamak olsaydı, sulh ceza mahkemelerinin faaliyette oldukları dönemde kabul edilen söz konusu 26. maddeye asliye ceza mahkemeleri de pek tabii ki eklenirdi. Sırf bu husus bile basit bir yorumla, kanun koyucunun amacının stajyer avukatların yalnızca basit nitelikteki yani üst sınırı iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan yargılamalarda (ki bu yargılamalarda koruma tedbirlerine başvurulma ihtimali de çok düşüktür) stajyer avukatların taraf olarak duruşmalara katılması olduğudur; yoksa kanun koyucunun amacı şayet stajyer avukatların ağır ceza mahkemeleri dışındaki mahkemelerdeki duruşmalara girmelerini sağlamak olsaydı bunun 26. maddede açıkça gösterileceği söylenebilir.

Adalet Bakanlığı'nın bahse konu görüş yazısı doğru kabul edilecek olursa başka sorunlar da beraberinde gelecektir. Bu kapsamdaki stajyer avukatlar asliye ceza mahkemesine dilekçe verebilecekler midir veya mahkemece verilen kararlara karşı hukuki çarelere başvurabilmeleri mümkün olacak mıdır? Kanaatimizce -çalışmada savunduğumuz görüş saklı kalmak kaydıyla- duruşmalara girmelerine izin verilen stajyer avukatların, duruşmasına girmesine izin verilen mahkemeye dilekçe vermelerinin veya mahkemece verilen kararlara karşı hukuki çarelere başvurabilmelerinin de mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak günümüzde UYAP sistemi üzerinden stajyer avukatların bu tarz işlemleri yapabilmelerinin pratikte mümkün olmadığı söylenebilir.

Bu konuyla ilgili son olarak seri muhakeme usulü ve basit yargılama usulü üzerinde de kısaca durmak istiyoruz. Bilindiği üzere her iki özel yargılama usulünde de görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Buna karşılık bu iki yargılama usulünde genel hükümler uyarınca bir yargılama ve duruşma yapılmamaktadır. Acaba Adalet Bakanlığı'nın görüş yazısı esas alınacak olursa stajyer avukatlar bu iki özel yargılama usulünde görev alabilecekler midir? Kanaatimizce görüş yazısı esas alınsa bile seri muhakeme usulünde stajyer avukatın görev alabilmesi mümkün değildir; zira seri muhakeme

usulü soruşturma evresinde başvuru bir muhakeme usulü olduğundan ve stajyer avukatların soruşturma evresinde böyle bir yetkileri olmadığından şüphelinin müdafii sıfatıyla görev alabilmeleri mümkün değildir. Her ne kadar Cumhuriyet savcısı tarafından asliye ceza mahkemesine gönderilecek talepname sonrasında CMK m.250/9 uyarınca asliye ceza mahkemesi şüpheliyi müdafii huzurunda dinler denilmekte ise de burada hala soruşturma evresinde bulunulduğundan stajyer avukatın bu işlem sırasında görev alabilmesi mümkün olmayacaktır. Buna karşılık ikinci özel yargılama usulü olan basit yargılama usulü, kovuşturma evresinde başvuru bir yargılama usulü olup burada asliye ceza mahkemesi genel görevli mahkemedir. Bu yargılama usulünün uygulanmasına karar verildiği durumlarda duruşma açılmamakta, taraflar beyan ve savunmalarını on beş gün içinde yazılı olarak mahkemeye sunmaktadırlar. Acaba avukat yanında staja başlayan stajyer avukatlar basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verildiği durumlarda beyan ve savunmada bulunabilir mi? Seri muhakeme usulünden farklı olarak, basit yargılama usulünde her ne kadar duruşma açılmamaktaysa da sonuçta kovuşturma evresine geçilmiştir. Bu kapsamda Adalet Bakanlığı'nın görüşü esas alınacak olursa *-çalışmada savunduğumuz görüş saklı kalmak kaydıyla-* kanaatimizce asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girmelelerine izin verilen stajyer avukatların basit yargılama usulü kapsamında beyan ve savunmada bulunmalarının da mümkün kabul edilmesi gerekmektedir.

VII. ASLİYE CEZA MAHKEMELERİNDEKİ DURUŞMALARA GİRME YETKİLERİNİN OLMADIĞI DÜŞÜNÜLDÜĞÜNDE BU MAHKEMELERDEKİ DURUŞMALARA GİREN STAJYER AVUKATLARIN GİRDİKLERİ DURUŞMALARDA VERİLEN KARARLARIN HUKUKİ DURUMU

Mevcut çalışmada savunulan görüşe göre avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara tek başlarına girebilmeleri mevzuatımız gereği mümkün değildir. Bu statüdeki stajyer avukatların seri muhakeme usulünün uygulandığı soruşturmalarda asliye ceza mahkemelerine girebilmeleri ve basit yargılama usulünün uygulandığı davalarda beyan ve savunma dilekçesi vermelerinin de benzer şekilde mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

Acaba stajyer avukatlar asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren yargılamalardaki ceza muhakemesi işlemlerinde hazır bulunabilecekler midir? En genel tanımıyla ceza muhakemesi işlemleri, ceza muhakemesine

katılan kişilerin muhakemeyi ilerletmek için yapmış oldukları ve hukuki sonuç doğuracak irade açıklamaları olarak tanımlanabilir^[29]. Bu işlemlerin bir kısmı yalnızca soruşturma evresinde gerçekleştirilirken bir kısmı ise yalnızca kovuşturma evresinde gerçekleştirilmektedir; ayrıca her iki evrede de başvurulabilen bazı ortak ceza muhakemesi işlemleri de mevcuttur. Bu kapsamda inceleme konusuyla alakalı ve uygulamada kovuşturma aşamasında da sıklıkla başvuru gözlem altına alınma (CMK m.74), sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması (CMK m.75) ve keşif^[30] (CMK m.83) gibi ceza muhakemesi işlemleri sırasında müdafî de hazır bulunabilmektedir. Hatta bu ceza muhakemesi işlemlerinden gözlem altına alınmada kanun koyucunun zorunlu müdafîliği kabul ettiği görülmektedir (CMK m.74/2). Çalışmada yapılan açıklamalarda ağırlıklı olarak stajyer avukatların duruşmalara girip giremeyecekleri meselesi üzerinde durulmuşsa da burada örnek olarak bahsedilen ceza muhakemesi işlemlerinde de kanaatimizce avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların müdafî sıfatıyla hazır bulunabilmesi mümkün değildir.

Her ne kadar çalışmadaki açıklamalar ağırlıklı olarak bu statüdeki stajyer avukatların daha çok müdafî olarak görev üstlenmeleri üzerine şekillendirilmişse de bu stajyer avukatların vekil sıfatıyla asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara katılabilmelerinin de kanaatimizce mümkün olmadığını söyleyebiliriz.

Çalışmada vardığımız bu sonuçtan hareketle asliye ceza mahkemele-
rindeki duruşmalara girmelerinin mümkün olmadığını düşündüğümüz
avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların bu duruşmalara girmiş
olmaları halinde girdikleri duruşmaların ve bu duruşmalar sonrasında
verilen kararların hukuki durumu acaba ne olacaktır? Bu önemli bir sorun
olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak ceza muhakemesi
işlemlerindeki hukuka aykırılıkların en önemli yaptırımları olarak görülen
yokluk ve butlan üzerinde kısaca durmakta yarar görmekteyiz.

[29] Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 289. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Fahrettin Demirağ, *Örneklerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 42 vd.

[30] Keşif, duruşmanın devamı niteliğinde bir muhakeme işlemidir. Bkz. Demirağ, 398.

Ceza muhakemesi hukukunda yapılan işlemin sakatlığının en ağır olduğu durum “yokluk” (keenlemyekün) olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, tutuklama kararının Cumhuriyet savcısı tarafından verilmesi veya TCK’da öngörülen yaptırımlar dışında bir yaptırıma hükmedilmesi verilen kararın yokluk ile malul olmasına sebebiyet verecektir.^[31]

Ceza muhakemesi işlemlerindeki hukuka aykırılıklar “butlan” şeklinde de karşımıza çıkabilir. Butlan halinde işlemin hukuki sonuç doğurduğu kabul edilmekte ancak işlem, iptal edilinceye kadar hüküm ifade etmeye devam etmektedir. Butlan kendi içerisinde “mutlak butlan” ve “nisbi butlan” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır: İşlemin hukuka aykırılığını kişiler ileri sürmez ancak işlemi yetkili makam resen dikkate alıp geçersiz sayarsa mutlak butlan vardır. Örneğin, gaip sanık hakkında duruşma açılması mümkün olmamasına rağmen sanığın gıyabında mahkumiyet kararı verilecek olursa buradaki hukuka aykırılığın yaptırımı mutlak butlan olacaktır. Nisbi butlan durumunda ise yetkili makam resen harekete geçmemekte ilgilinin istemi ile işlem geçersiz sayılmaktadır. CMK m.176/4’te belirtilen, iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında bulunması gereken en az 1 haftalık süreye uyulmaması durumunda CMK m.190/2 uyarınca sanığın iddianamenin okunmasından önce duruşmaya ara verilmesini istemeye hakkı olduğu sanığa hatırlatılır ve sanığın talebi üzerine duruşmaya ara verilir ki bu durum nisbi butlana örnek olarak verilebilir.^[32]

Ceza muhakemesinde yapılan bazı hukuka aykırılıkların nasıl giderileceği hususunda da konuyla bağlantılı kısa açıklamalarda bulunulmasında fayda görülmektedir.

[31] Öztürk vd., 296; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhuğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 137; Ahmet Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 259; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 11. Bası (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 242; Veli Özer Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 139; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 148; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası (İstanbul: Beta Yayınevi, 2018), 711.

[32] Öztürk vd., 296; Yenisey ve Nuhuğlu, 140-141; Gökçen vd., 260; Şahin ve Göktürk, 242-243; Özbek vd., 141; Ünver ve Hakeri, 149; Centel ve Zafer, 712-713.

Ceza muhakemesindeki hukuka aykırılıklar, *geri alma*, *yenileme*, *bozma*, *iyileştirme*, *düzeltilme* gibi isimlendirilen hukuki çarelerle düzeltilir.^[33]

İşlemin hukuka aykırılığı tespit edilmişse, işlemi yapan kimsenin kendi yaptığı işlemi ortadan kaldırmasına *geri alma* denilmektedir. Örneğin, sulh ceza hakiminin verdiği tutuklama kararını daha sonradan kaldırması gibi (CMK m.104/2, m.108/3).

Hukuka aykırı olarak yapılan ceza muhakemesi işleminin, yapan kişi tarafından hukuka uygun olarak yeniden yapılmasına ise *yenileme* denilmektedir. Örneğin, yemin verilerek dinlenmesi gereken tanığın yeminsiz dinlenmesi durumunda, tanığa yeniden yemin verilmesinde *yenileme* söz konusudur.

Hukuka aykırı olarak yapılan ceza muhakemesi işlemi, yapan kişinin dışında bir başkası/başka merci tarafından ortadan kaldırılıyorsa burada *bozma* söz konusudur. Yargıtay ve bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından verilen bozma kararları buna örnek gösterilebilir.

Hukuka aykırı işlem tesis eden makam dışında bir başka makamın söz konusu hukuka aykırılığı kaldırmakla yetinmeyip aynı zamanda hukuka uygun işlem yapmasına ise *iyileştirme* denilmektedir. Örneğin, CMK m.271/2 uyarınca itirazı inceleyecek merciin, itirazı yerinde görmesi durumunda, aynı zamanda itiraz konusu hakkında karar vermesi iyileştirme olarak gösterilebilir.

Hukuka aykırı işlemin ortadan kaldırılmaksızın yalnızca hukuka aykırı kısmının düzeltilerek hukuka uygun hale getirilmesine *düzeltilme* denilmektedir.

Bu kapsamda çalışmada savunulan görüş çerçevesinde asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girmeleri mümkün görülmeyen avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların duruşmalara girmeleri durumunda bu hukuka aykırılık acaba hangi hukuki çarelerle düzeltililecektir?

Bu konuda üzerinde durulması gereken ilk hüküm, hukuka kesin aykırılık hallerini düzenleyen CMK'nın 289. maddesidir. CMK m.289/1-e hükmü uyarınca, duruşmada hazır bulunması gereken kişilerin yokluğunda duruşma yapılması, hukuka kesin aykırılık hali sayılmaktadır. Çalışmada üzerinde durulduğu üzere burada aynı zamanda savunma hakkının da sınırlandırılması

[33] Bu hukuka aykırılıkların düzeltilmesi yollarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk vd., 297; Yenisey ve Nuhoğlu, 141-144; Gökçen vd., 261; Özbek vd., 141-142; Şahin ve Göktürk, 243-244; Ünver ve Hakeri, 150-151.

durumu söz konusu olacaktır ki bu da yine 289. maddenin birinci fıkrasının h bendi uyarınca hukuka kesin aykırılık hali sayılacaktır. Bunun yaptırımının ise kural olarak bozma olarak karşımıza çıkacağını söyleyebiliriz. Bu konuya ilişkin bizim de iştirak ettiğimiz Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2021 tarihli bir içtihadını burada zikretmekte yarar görmekteyiz:

Sanığa atılı müstehcenlik suçunun düzenlendiği TCK'nın 226. maddesinin 5. fıkrasında öngörülen hapis cezasının alt sınırının 5 yıldan fazla olması karşısında, 5271 sayılı CMK'nın 150/3 delaletiyle 150/2. maddesi uyarınca sanığa istemi aranmaksızın müdafii atanması zorunlu olup, aynı Kanununun 188/1 maddesi gereğince Kanununun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hâllerde sanık müdafisinin duruşmada hazır bulunması şarttır. Stajyer avukatların yapabileceği işler ise, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 26. maddesinde sulh hukuk mahkemeleri, sulh ceza mahkemeleri ile icra tetkik mercilerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilecekleri şeklinde sınırlı olarak düzenlenmiştir.

CMK'nın 151/1 maddesinde ise, aynı Yasanın 150. madde hükmüne göre görevlendirilen müdafii, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, hâkimin veya mahkemenin derhâl başka bir müdafii görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapması gerektiği belirtilmiştir.

İncelemeye konu dosyada; 31/03/2016 tarihli duruşmada sanığın ve sanık müdafisinin katılmadığı, yetki belgesi sunan stajyer avukatın hazır bulunduğu anlaşılmalı, CMK'nın 151/1 maddesi uyarınca derhâl başka bir müdafii görevlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, sanık ve müdafisinin yokluğunda aynı Yasanın 188/1 maddesine aykırı şekilde duruşmaya devam edilip stajyer avukatın yüzüne hükmün tefhim edilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması,

Kanuna aykırı ve sanık ... müdafisi ve katılan ... vekilinin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden tebliğnameye aykırı olarak, hükmün bozulmasına, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine... (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 23.09.2021 T., 2021/29131-22538 E.K.)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin mezkûr içtihadı incelendiğinde konumuz açısından üç önemli hususa vurgu yapıldığı görülmektedir: Bunlardan ilki çalışmamızda da savunulduğu üzere Yargıtay tarafından da avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara

sanık müdafî sıfatıyla girme yetkilerinin olmadığı kabul edilmiş olmasıdır ki bu önemlidir. İkincisi ise, sanığa isnat edilen suçun zorunlu müdafî görevlendirilmesini gerektiren bir suç olması durumunda, sanık müdafinin kendi yerine yanında staj yapan stajyer avukatı duruşmaya göndermesinin hiçbir anlam taşımadığı, bir başka deyişle böyle bir durumda sanık müdafinin duruşmaya katılmadığının kabul edilmesi ve dolayısıyla CMK m.151/1 uyarınca derhal başka bir müdafî görevlendirilmesi yoluna gidilmesinin zorunlu olduğudur. Üçüncü ve son husus ise her ne kadar kararda buna ilişkin bir değerlendirmede bulunulmamış olsa da kanaatimizce böyle bir durumun hukuka kesin aykırılık nedeni teşkil edeceğidir.^[34]

Benzer şekilde bu tarz bir hukuka aykırılığın olduğu durumlarda diğer şartlar da mevcutsa CMK m.308 uyarınca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazına, CMK m.308/A uyarınca bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazına, CMK m.309 uyarınca kanun yararına bozmaya başvurulabilmesi de mümkündür.

Yine bahse konu hukuka aykırılığın Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla taşınmasının da mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

Son olarak iç hukuk yolları tüketildikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de başvuru yapılabilecektir.

[34] Bununla birlikte avukat yanında staja başlayan stajyer avukatın, katılan vekili sıfatıyla duruşmaya girmesi tek başına hukuka kesin aykırılık hali teşkil etmeyecektir. Buna karşılık zorunlu vekillik, daha önce de ifade olunduğu üzere bunun istisnasıdır.

SONUÇ

Çalışmada ifade olunduğu üzere sulh mahkemesi-asliye mahkemesi ayrımı uzun bir geçmişe sahip köklü bir ayrımdır. Her iki mahkemenin tarihsel süreç içerisinde üstlenmiş oldukları misyonlar birbirinden farklı olup, yapılan bu ayırım bir tesadüfün değil, misyon farklılığının gereği olarak ortaya çıkmıştır. Yürürlükte oldukları dönemde sulh ceza mahkemelerinin nispeten basit nitelikte, karmaşık bir özellik göstermeyen, yaptırım olarak nispeten hafif nitelikteki uyuşmazlıkları; asliye ceza mahkemelerinin (dolayısıyla ağır ceza mahkemelerinin) ise daha komplike ve spesifik nitelikteki, yaptırım olarak daha ağır nitelikteki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturması hedeflenmiştir. Bundan dolayı olsa gerek ki gerek 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda gerek Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliği'nde, avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların, yanında çalıştıkları avukatın yazılı muvafakati/ oluru ile ve onun gözetimi ve sorumluluğu altında sulh ceza mahkemelerindeki duruşmalara girmeleri kabul edilmiştir. Bu tercih bazı eksiklikleri olsa da o dönem için yerinde bir tercih olarak değerlendirilebilir.

Bununla birlikte 2014 yılında sulh ceza mahkemelerinin Türk yargı teşkilatından çıkarılmış olmaları sonrasında, avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girip giremeyecekleri sorunu ortaya çıkmış ve Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü 2016 yılında konuyla ilgili Türkiye Barolar Birliği'ne vermiş olduğu cevabi görüş yazısıyla, avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girebilecekleri ifade edilmiştir. Bu yazı sonrasında bazı asliye ceza mahkemeleri bu statüdeki stajyer avukatları duruşmalara kabul ederken bazı mahkemeler ise mevzuatta açık bir hüküm olmadığından bahisle duruşmalara kabul etmemişlerdir.

Çalışmada da üzerinde durulduğu üzere stajyer avukatların mesleğe başlamadan önce staj aşamasında tecrübe kazanmaları için duruşmalara girmelerinin önemli olduğu izahtan varestedir. Ancak bunu yaparken bazı kurallardan ve ilkelerden uzaklaşılması önem taşımaktadır. Özellikle sanığın avukat ile savunulma hakkını kullanmak istediği durumlarda, stajyer avukatın deneyim ve tecrübe kazanabilmesi için sanığın savunma ve adil yargılanma hakkının tehlikeye atılmasının yerinde olmadığını söyleyebiliriz. Böyle bir uygulama bazı durumlarda sanığın savunma hakkının ihlal edilmesi riskini de beraberinde getirebilecektir. Gerçekten de sanığın bir avukat marifetiyle savunulma ile beklediği, avukat unvanına sahip, alanında

tecrübeli, deneyimli ve hakkını mahkemede tam anlamıyla savunabilecek donanıma sahip bir avukatın savunmasını yapmasıdır; bir stajyer avukatın değil. Bu kapsamda stajyer avukatı müdafî veya vekil sıfatıyla tek başına asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara sokmaktan ziyade, avukatın, stajyerini kendisiyle birlikte duruşmalara götürmesinin (Avukatlık Kanunu m.23/2, Avukatlık Staj Yönetmeliği m.17/2) hem savunma hakkının kapsam ve içeriğine hem de avukatlık stajıyla ulaşılması hedeflenen amaçlara erişmede daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

Mevcut çalışmada cevap aranan sorulardan bir diğeri de asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara girme yetkilerinin olmadığı savunulan stajyer avukatların girdikleri duruşmalarda verilen kararların hukuki niteliğinin ne olacağıdır. Kanaatimizce şayet böyle bir durumda ortada zorunlu müdafî görevlendirilmesini gerektiren bir suç veya ceza muhakemesi işlemi (örneğin CMK m.74/2) söz konusuysa ve duruşmaya stajyer avukat katılmışsa, müdafinin duruşmaya katılmadığının kabul edilmesi ve CMK m.151/1 uyarınca derhal başka bir müdafî görevlendirilmesi yoluna gidilmesi olmalıdır. Aksi bir durum hukuka kesin aykırılık hali (CMK m.289/1-e) teşkil edecektir.

Kanaatimizce özellikle zorunlu ve ihtiyari müdafilikte, müdafinin duruşmada hazır bulunması ve sanığa hukuki yardımda bulunması gerekliliği, devletin sahip olduğu cezalandırma ve yargılama yetkisinin sınırlandırılması sonucunu doğurmakta ve böylelikle de devletin yargı yetkisinin sınırlarından birisini oluşturmaktadır. Zira burada devlet, kural olarak müdafî hazır bulunmaksızın onun yokluğunda yargılama yapabilme yetkisine sahip olmasına rağmen, benimsemiş olduğu kurallarla bu yetkiyi bizzat kendisi sınırlandırma (*self-limiting*) yoluna gitmektedir. Buna ilişkin CMK'daki en önemli normatif düzenlemelerin CMK m.149/1, m.150/1, 2, 3 ve m.151/1, 2 olduğu söylenebilir. Bu maddeler arasındaki insicamı bozan ve yukarıda detaylarına değinilen CMK m.188/1, c.2 üzerine yukarıdaki çekinceler çerçevesinde eleştirel düşünmeyle yaklaşılmasının yerinde olacağını ifade edebiliriz.

Çalışmada varılan sonuç çerçevesinde zorunlu vekilin duruşmada hazır bulunmasının kanun gereği zorunlu tutulduğu hallerde, zorunlu vekil hazır bulunmaksızın yargılama yapılabilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda zorunlu vekilin hukuki yardımda bulunması gerekliliği, müdafilik kurumundakine benzer şekilde, devletin sahip olduğu yargılama yetkisinin sınırlandırılması sonucunu doğurmakta ve böylelikle devletin yargı yetkisinin

sınırlarından birisini oluşturmaktadır. Zira burada devlet, kural olarak zorunlu vekil hazır bulunmaksızın yargılama yapabilme yetkisine sahip olmasına rağmen, benimsemiş olduğu kurallarla bu yetkiyi bizzat kendisi sınırlandırma (*self-limiting*) yoluna gitmektedir. Buna ilişkin CMK'daki en önemli normatif düzenlemelerin CMK m.234/2, m.239/2 ve m.289 olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak çalışmada gerekçeleriyle ayrıntılı bir şekilde ortaya konulduğu üzere avukat yanında staja başlayan stajyer avukatların asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara vekil veya müdafî sıfatıyla girebilmelerinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Alangoya, Yavuz. *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979.
- Centel, Nur ve Zafer Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 15. Bası. İstanbul: Beta Yayınları, 2018.
- Demirağ, Fahrettin. *Örneklerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ersoy, Uğur. “Ceza Muhakemesinin Amacı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım.” *İçinde Uğur Alacakaptan’a Armağan I*. Der. Mehmet Murat İnceoğlu. 291-9. İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Gaul, Hans Friedhelm. “Yargılamanın Amacı: Güncelliğini Koruyan Bir Konu.” (Çev. Nevhis Deren Yıldırım). *İçinde İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*. Der. M. Kamil Yıldırım. 7. Bası. İstanbul: Beta Yayınları, 2012.
- Gökçen, Ahmet ve Murat Balcı, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Kocaoğlu, Serhat Sinan. *Müdafî*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Kunter, Nurullah. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 5. Baskı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 12. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem et al. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. 14. Baskı, Ankara 2020.
- Roxin, Claus. *Strafverfahrensrecht*. 25. Auflage. München: C.H. Beck, 1998.
- Şahin, Cumhur, Göktürk Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku II*. 11. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Şen, Ersan. “CMK m.151/1 ile 188/1 Çelişkisi.” <https://www.hukukihaber.net/cm-k-m1511-ile-1881-celiskisi-makale,5656.html>
- Tanrıver, Süha. “Sulh Hukuk-Asliye Hukuk Mahkemesi Ayrımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler.” *TBBD*, no.105 (Mart-Nisan 2013): 35-50.

Taşpınar, Sema. “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu.” İçinde
Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı. Ankara: 1999: 759-787.

Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 16. Baskı.
Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoglu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 8. Baskı.
Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Aldatmanın Etkisiyle Yapılan Sözleşmenin Onanması Halinde Talep Edilebilecek Tazminat

Hülya ATLAN GÜRER*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı. (hulyaatlan@balikesir.edu.tr)
ORCID ID: [0000-0002-0895-4410](https://orcid.org/0000-0002-0895-4410)

Makale geliş tarihi: 16 Nisan 2022 **Makale kabul tarihi:** 9 Ağustos 2022

Atf önerisi: Atlan Gürer, Hülya. “Aldatmanın Etkisiyle Yapılan Sözleşmenin Onanması Halinde Talep Edilebilecek Tazminat.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 3 (Temmuz 2022): 215-254. **DOI:** [10.30915/abd.1160610](https://doi.org/10.30915/abd.1160610).

ALDATMANIN ETKİSİYLE YAPILAN SÖZLEŞMENİN ONANMASI HALİNDE TALEP EDİLEBİLECEK TAZMİNAT

ÖZ

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 39/2, iradesi aldatma nedeniyle sakatlanan sözleşme tarafının sözleşmeyi onaması halinde tazminat hakkının kendiliğinden ortadan kalkmayacağı esasını benimsemiştir. Böylece aldatılan, sözleşme onandığı için ayakta olsa dahi, aldatma nedeniyle uğramış olduğu zararının tazmin edilmesini talep edebilmektedir. Borçlar hukuku sistemimizde çeşitli yönlerden ayrık bir düzenleme olarak beliren söz konusu hükmün uygulama alanı, sözleşmeyi iptal etmesinin aldatılandan beklenemediği bazı hallerle sınırlandırılmalıdır. Bu hallerde aldatılan, sözleşme öncesi davranış yükümünü ihlal eden diğer sözleşenden, sözleşme onanmasına rağmen giderilemeyen zararlarının tazmin edilmesini ister. Bu kapsamda tazmini istenecek olan zarar, kural olarak olumsuz zarardır. Bu anlamda hüküm, olumlu-olumsuz zarar ayırımı bakımından istisnai bir düzenleme niteliğindedir.

Anahtar kelimeler:

irade sakatlığı

aldatma

onama

olumsuz zarar

tazminat

THE COMPENSATION THAT MAY BE CLAIMED IN CASE THE AGREEMENT RATIFIED UPON BY THE EFFECT OF THE FRAUD

ABSTRACT

Turkish Code of Obligations Art. 39/2 has adopted the basis that the right to indemnity will not be abolished ipso facto if the contracting party, whose intention defected in consent, has ratified the agreement. Thus, the defrauded party may request compensation for the damage caused by the fraud, even though the agreement is valid because of the ratification. The implementation of the provision, which appears as an exceptional regulation in various aspects of Turkish law of obligations, must be limited to certain cases which annulment of the agreement cannot be expected from the defrauded party. In these cases, the defrauded party, requests compensation from the party who violates the pre-contractual liability, for irrepealable damages even though the agreement is ratified. In this context, the requisition of damage is a negative damage as a rule. In this sense, the provision is an exceptional regulation in terms of positive and negative damage.

Keywords:

defect in consent

fraud

ratification

negative damage

compensation

GİRİŞ

Aldatma, bir kimsede kasten yanlış bir düşünce yaratmak veya zaten var olan yanlış bir düşünceyi devam ettirmek suretiyle onu bir irade beyanında bulunmaya, bu anlamda bir sözleşme yapmaya yönlendirmektir. Bu bakımdan aldatma, saikte yanılmanın özel bir halidir. Bu halde bilinçli olarak bir yanılmaya yol açılır veya var olan yanılmadan yararlanır.^[1]

- [1] Benzer tanımlar için bkz. Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder ve Jean Nicolas Druet, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9. Aufl. (Zürich: Schulthess Verlag, 2000), 147, N. 1; Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid ve Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht)*, Band I, 9. Aufl. (Zürich: Schulthess Verlag, 2008), 181; Claire Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. Aufl. (Zürich: Schulthess Verlag, 2019), 164, N. 532 vd.; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, 16. baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 109; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Hâluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 444-445; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 397; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 278; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 285; Turhan Esener ve Fatih Gündoğdu, *Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1-48)*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 155; Mustafa Fadıl Yıldırım, *Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, (Ankara: Nobel Yayınları, 2002), 7 vd.; Zekeriya Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 2003), 2.

Aldatmanın hukuka aykırılığı kanunda açıkça öngörülmediği gibi, doktrinde de ayrı bir unsur olarak ele alınmamaktadır. Bu, aldatmanın her zaman hukuka aykırı olduğu düşüncesinden ileri gelir (Ingeborg Schwenzer, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 6. Aufl. (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015), Art. 28, N. 12; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. (Bern: Stämpfli Verlag, 2016), 296, N. 38.09; Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 168, N. 541; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. (Bern: Stämpfli Verlag, 2017), 314, N. 14.120; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 277; Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, 11, dn. 44). Hukuka aykırılık, aldatmanın varlığının kabul edilmesiyle birlikte ortaya çıkar. Bu nedenle hukuka aykırılık, aldatma nedeniyle iptal hakkının kullanılabilmesi bakımından gerçekleşmesi gereken ek bir koşul olarak görülmemektedir. Buna karşılık aldatmadan söz edilebilmesi için bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir. Bu anlamda doktrinde, sorulan bir soruya gerçeğe aykırı bir cevap verilmesinin aldatma olarak nitelendirilip

Aldatmanın borçlar hukuku bakımından iki ayrı yönünden söz edilebilir. Birincisi, aldatmanın iradeyi sakatlamaya yönelik bir davranış olması itibarıyla sözleşmenin iptaline, dolayısıyla sözleşmenin geçerliliğine ilişkin yönüdür. İkincisi ise aldatmanın, benimsenecek görüşe göre haksız fiil ya da *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açan bir davranış olması itibarıyla tazminat sorumluluğu doğuran yönüdür.^[2] TBK m. 39/1, aldatmanın bir sonucu olan iptal hakkının, aldatmanın öğrenildiği andan itibaren bir yıl içerisinde kullanılabilceğini, aksi halde sözleşmenin onanmış sayılacağını öngörmektedir.^[3] Başka bir ifadeyle, söz konusu bir yıllık hak düşürücü sürenin geçirilmesi halinde iptal hakkı düşer ve sözleşme geçmişe etkili olarak, kurulduğu andan itibaren geçerlilik kazanır.^[4] Hükmün ikinci fıkrası ise

nitelendirilemeyeceği, bunun kişilik hakkını ihlal eden bir soru olup olmamasıyla bağlantılı olarak değerlendirilmektedir. Sözleşme görüşmelerinin yapıldığı kişinin yaşam biçimine yönelik bir sorunun (söz gelimi parti üyeliği, inanç, sabıka kaydı, gebe olunup olunmadığı, belli bir hastalığın bulunup bulunmadığı veya evlilik dışı bir birlikteliğin söz konusu olup olmadığı) cevaplanmasında karşı tarafın yapılan sözleşme bakımından doğrudan bir yararının bulunduğundan söz edilemiyorsa, o soruya doğru cevap verilmesi istenemez. Söz gelimi, bir kira veya hizmet sözleşmesi yapılmadan önce konut veya iş arayana kişilik hakkını ihlal eden bir sorunun sorulması halinde, sorunun doğru cevaplanmaması hukuka aykırılık oluşturmaz. Bu anlamda kişilik hakkının korunması, aldatma bakımından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır. Bu halde, sorulan soruya doğru cevap verilmemesi hukuka aykırı olmadığından, sözleşmenin aldatma nedeniyle geçersiz olduğu ileri sürülemez (Bu konuda bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm I, Borçlar Hukukuna Giriş–Hukuki İşlem–Sözleşme*, 5. baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010), 454-455; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 182; Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 168-169, N. 542-542. Ayrıca bkz. Schwenzler, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Art. 28, N. 12; Schwenzler, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 296, N. 38.09; Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, 11, dn. 4).

- [2] Ayrıca bkz. Zekeriya Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), m. 39, 591, N. 38.
- [3] Burada bir onama varsayımı (icazet faraziyesi) söz konusudur (Mehmet Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008), 62, 177; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 124; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 330, N. 14.186).
- [4] Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 463 vd. ve ayrıca 435 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 123 vd.; Tercier, Pichonnaz ve

aldatma nedeniyle bağlayıcı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılmasının tazminat hakkını ortadan kaldırmayacağını düzenlemektedir. Böylece kanun, iptal hakkı kullanılmadığı için sözleşmenin varlığını geçerli olarak devam ettirmesine, aldatılanın tazminat hakkının kendiliğinden ortadan kalkması sonucunun bağlanmasını uygun görmemiştir. Bu çalışmada, iptal edilmediği için geçerli olarak varlığını devam ettiren bir sözleşmeye rağmen aldatılanın tazminat talebinde bulunabilmesinin anlamı, bu talebin dayanağı, tazminatın kapsamı ve uygulanacak zamanaşımı süresi inceleme konusu yapılmaktadır.

I. SÖZLEŞMENİN ONANMASININ TAZMİNAT HAKKINI KENDİLİĞİNDEN ORTADAN KALDIRMAMASI

Sözleşmenin taraflarından birinin, diğerinin veya onun bilgisi dâhilinde üçüncü bir kişinin aldatması sonucunda sözleşmeyi yapmış olması halinde kanun, ona sözleşmeyi iptal etme hakkını tanımıştır (TBK m. 36, 39/1).^[5] Böylece, iradesi aldatma nedeniyle sakatlanan sözleşme tarafına, bu hukuki işlemin sonuçlarını ortadan kaldırabilme imkânı tanınmıştır.^[6] Bu halde aldatılanın, uğradığı zararların tazminini ayrıca (sözleşmenin iptaline ek olarak)

Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 280; Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, 111 vd. Ayrıca bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 409 vd.

[5] Kanunda iptal hakkı ifadesine açıkça yer verilmemiş, iradesi sakatlananın sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesinden veya verdiği şeyi geri istemesinden söz edilmiştir. Kanunun bu ifadesi, irade sakatlığının sözleşmenin geçerliliğine etkisini tartışmaya açarak, bu konuda çeşitli teorilerin ileri sürülmesine yol açmıştır. Bu teoriler; iptal teorisi, geçersizlik teorisi ve bölünmüş geçersizlik teorisi olarak üç grupta toplanmaktadır (Bu konuda bkz. Vedat Buz, “İrade Sakatlığı ile Malûl Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu,” içinde *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, ed. Mehmet Ünal (Ankara: Yetkin Yayınları, 2006), 301 vd.; Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 174, N. 564 vd.; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 288, N. 14.19 vd.; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 300-301, N. 39.01 vd. Ayrıca bkz. Ersin Sarıgöllü, “İrade Sakatlıklarının Sonuçları,” *Adalet Dergisi*, no. 1 (Ocak-Şubat, 1987): 26 vd.).

[6] Ayrıca bkz. Iole Fargnoli, “*Culpa in contrahendo* im “Dornröschenschlaf”? – Zur vorvertraglichen Haftung beim zustande gekommenen Vertrag,” *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*, no. 107 (2011): 178.

talep edebileceği açıktır.^[7] Bu kapsamda, aldatma sözleşmenin karşı tarafınca yapılmışsa *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanan olumsuz zararın tazmini, üçüncü kişinin aldatmasında ise aldatma fiili nedeniyle uğranılan tüm zararların haksız fiil hükümlerine göre giderilmesi istenebilecektir.^[8] Buna karşılık, sözleşmenin açıkça veya örtülü^[9] olarak onanması^[10] veya

[7] Her ne kadar aldatma nedeniyle sakat olan sözleşmenin iptal edilmesi, bu ilişkiden doğabilecek zararları ortadan kaldırma amacına dönük olsa da her zaman bu amacın gerçekleşmesini sağlamada yeterli olmayabilir. Bu durumda iptal hakkının yanı sıra tazminat talebinde de bulunulabilecektir. Söz gelimi aldatılan, sözleşmenin kurulmasına yönelik masraflarının tazminini isteyebileceği gibi, kendisine iade edilecek olan şeyin değerinin iptalden sonra oldukça düşmesi nedeniyle uğradığı zararlar ile aldatana teslim edilen malın, onun kusuru olmaksızın hasara uğraması nedeniyle eksiksiz iade edilememiş olmasından doğan zararların da tazminini isteyebilir (Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, m. 39, 592, N. 41).

[8] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 171 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 113; Elif Yavuz, “Türk ve İngiliz Hukukunda “Hile” Kavramına Bakış,” (Yüksek lisans tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2007), 71-72.

[9] Sözleşmenin iptal edilebileceği bilinmesine rağmen teslim edilen şeyin tüketilmesi veya devredilmesi; karşı edimin istenmesi veya çekincesiz kabul edilmesi; borçlanılan edimin herhangi bir çekince olmadan ve iradi olarak yerine getirilmesi; irade sakatlığı bilinmesine rağmen, bunun derdest bir davada ileri sürülmemesi hallerinde sözleşmenin örtülü olarak onandığı kabul edilmektedir. Buna karşılık, teslim alınan şeyin sırf kullanılmaya devam ediliyor olması (özellikle karşı tarafın iadeyi kabul etmemesi halinde) onama olarak değerlendirilemez. Sözleşmenin onandığından söz edilebilmesi için, irade sakatlığının şüphe götürmeyecek bir biçimde biliniyor olması gerekir. Buna ilişkin yalın bir şüphenin varlığı yeterli değildir. Bu nedenle, aldatma halinde sözleşmenin örtülü olarak onandığından kolaylıkla söz edilemez (Schwenzer, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Art. 31, N. 17; Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 305, N. 39.21).

[10] Bu yönde bir irade beyanının bulunup bulunmadığı konusunda genel kurallardan hareket edileceğini belirten bir görüşe göre, gerçekte bir onama iradesi olmamakla birlikte karşı taraf, dürüstlük kuralına göre böyle bir irade beyanında bulunduğu hareket etmişse, yine de onamanın gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak bu sonuç sadece, iptal beyanının muhatabının somut durumda, iptal hakkı sahibinin irade sakatlığının bilincinde olduğu ve bunu ileri sürmek istemediği düşüncesinden hareket etmekte haklı olması halinde mümkün olabilir. Bu da ancak istisnai bazı hallerde söz konusu olur. Ancak her halde, sadece ifaya girilmiş olması, sözleşmenin onandığı anlamına gelmeyecektir. Aynı şekilde, ifa etmemeden doğan hakların ileri sürülmesi halinde de sözleşmenin onandığından söz edilmesi pek mümkün

iptal hakkının süresinde kullanılmaması nedeniyle TBK m. 39/1 gereği onanmış sayılması, irade sakatlığına rağmen sözleşmenin yapıldığı haliyle geçerli kalmasının istendiği anlamını taşır.^[11] Sözleşmeyi onamak (açıkça

olmaz. Söz gelimi, satıcı tarafından aldatılan bir alıcı sözleşmeden dönme beyanında bulunmuşsa, sadece alıcının aldatmayı bildiği veya satıcının bunu varsaymakta haklı olduğu hallerde sözleşmenin onandığından söz edilebileceği belirtilmektedir. Somut durumda, borcun ifa edilmemesinden doğan bir hakkın kullanılmasının onama olarak nitelendirilebildiği bir halde, iptal hakkı muhatabı ifa etmemeden doğan hakkın varlığını inkâr ederse, onama etkisini kaybeder ve iptal hakkı canlanır (Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 329, N. 14.183-184).

- [11] Bruno Schmidlin, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen—Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR*, 2. Aufl. (Bern: Stämpfli Verlag, 2013), Art. 31, N. 146. Sözleşmenin onanması, sakatlığın ortadan kalkması ve işlemin sağlanması anlamına gelir (Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 325, N. 14.171; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 305, N. 39.21. Ayrıca bkz. Fargnoli, “*Culpa in contrahendo*,” 177-178).

Doktrini oldukça meşgul eden ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına konu olan hususlardan biri de aldatılan alıcının sözleşmeyi iptal etmek yerine ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurmasının sözleşmeyi onamak anlamına gelip gelmeyeceği sorunudur. İlk olarak belirtelim ki, doktrindeki baskın görüş ve aynı zamanda Federal Mahkeme'nin görüşü, satılarda var olan bir ayıp konusunda aldatılan alıcının, sözleşmeyi aldatma nedeniyle iptal etme hakkını kullanma (TBK m. 36 vd.) veya ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurma (TBK m. 219 vd.) konusunda seçimlik bir imkâna sahip olduğu yönündedir. Başka bir ifadeyle söz konusu hükümlerin yarıştığı kabul edilir (Yves Mauchle, “Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht—zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung,” *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, no. 7 (2012): 947; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 351, N. 14.267; Schwenger, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Art. 28, N. 23; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 311, N. 39.45; Şener Akyol, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), 295 vd.; Buz, “İcazet Verme,” 299; Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, 153 vd. Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 414 vd.; Vedat Buz, “Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi,” içinde *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan I*, ed. Baki İlkay Engin (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 650. Aynı yönde bkz. Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl. (Zürich: Schulthess Verlag, 1988), 193. Bu yöndeki Federal Mahkeme kararları için bkz. BGE 88 II 410, E. 2; BGE 109 II 319, E. 2; BGE 108 II 102, E. 2, a; BGE 107 II 419, E. 1, <https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 30.03.2022). Buna karşılık,

ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin özel hüküm niteliğinde olduğu, ancak bu hükümlerin uygulanma koşullarının bulunmaması halinde irade sakatlığına ilişkin hükümlere başvurulabileceğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 285). Böyle olmakla birlikte, Federal Mahkeme'ye ve doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, TBK m. 36 vd. hükümlerine göre iptal hakkını kullanmayıp ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurmuş olan alıcı, sözleşmeye örtülü olarak onay vermiş sayılır. Zira buna göre ayıp hükümlerine başvurulması, geçerli bir sözleşmenin varlığını gerektirir (Schwenzer, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Art. 31, N. 17. Bu yöndeki Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 127 III 83, E. 1, b, <https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 02.04.2022). Buna karşılık bir başka görüş, böyle genel bir kabulün ikna edici olmadığını, bu konuda bir ayırım yapılması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanmışsa, bununla satım sözleşmesini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmak istediğinden, sonuç itibarıyla irade sakatlığının süresi içerisinde ileri sürülmesiyle aynı hukuki sonuç amaçlanmış olur. Dolayısıyla bu seçimlik hakkın kullanılması, tek başına sözleşmenin onandığı anlamına gelmez. Meğerki alıcının bu yöndeki davranışı açıkça onama olarak nitelendirilebilin. Buna karşılık alıcının indirim hakkını kullanması, satım sözleşmesini ayakta tutmak istediği, dolayısıyla sözleşmeye onay verdiği anlamına gelir. Ancak bu halde de irade sakatlığına ilişkin hükümlere başvurulması, ayıptan doğan hak ileri sürülürken bu hakkın saklı tutulmuş olması halinde mümkün olmalıdır. Bu görüşe göre, Federal Mahkeme'nin bu konuda takındığı tavır tutarsızdır. Zira bir yandan alıcının hukuki durumunun iyileştirilmesi amacıyla ayıp hükümleri ile irade sakatlıklarına ilişkin hükümlerin birbirine alternatif oluşturduğu, diğer yandan ise ayıp hükümlerine başvurulması halinde sözleşmenin onanmış sayılacağı kabul edilmektedir. Böylece, alternatif yollardan biri olan irade sakatlığı hükümlerine başvurma hakkı yeniden kısıtlanmış olmaktadır (Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 192, N. 907a. Aldatılanın bedel indirimi istemesinin sözleşmeye icazet verildiği anlamına geleceği yönünde ayrıca bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 456, dn. 7. Ayrıca bkz. Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 329, N. 14.184).

Bu konuda ileri sürülen bir başka görüşe göre ise buradaki sorun, iptal hakkına ilişkin kanuni düzenleme (TBK m. 39/1) ile irade sakatlığının sözleşmenin geçerliliğine etkisi konusunda ileri sürülen geçersizlik teorisinden kaynaklanır. Buna göre iptal teorisinin kabul edilmesi halinde, Federal Mahkeme'nin, ayıp hükümlerine başvurulmasının irade sakatlığının söz konusu olduğu sözleşmeye onay verildiği anlamına geleceğine ilişkin söz konusu kararı her türlü teorik temelden yoksun kalır. Bu sonuç her şeyden önce, Federal Mahkeme'nin, alıcının menfaatlerini korumak amacıyla kabul ettiği irade sakatlığı nedeniyle iptal hakkı ile ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin birbiriyle yarıştığına ilişkin düşünceyle bağdaşmaz. Yine bu görüşe göre, alıcının sözleşmeden dönme hakkı ile bedelde indirim hakkını kullanmış olması arasında

veya örtülü olarak ya da bir yıllık süre içerisinde iptal hakkını kullanmayarak) yerine, onu iptal edip bundan doğan zararının tazmin edilmesini istemekte serbest olan aldatılanın, sözleşmeyi onaması halinde bundan doğan veya doğacak olan zararları da üstlendiği sonucu çıkar.^[12] Böylece sözleşmenin geçerlilik kazanmasına yol açan taraf, bizzat kendisinin neden olduğu zararın giderilmesini, kimsenin kendi sebep olduğu zararın tazminini başkasından talep edemeyeceğine ilişkin ilke gereği isteyememelidir.^[13] İptal edilmediği için geçerli olan ve bu nedenle, tarafları üstlendikleri borçları ifa

bir ayırım yapılması gerektiğini ileri süren yukarıdaki görüş de isabetli değildir. Zira icazetten söz edilebilmesi için, iradesi sakatlanan tarafın, sözleşmeyi buna rağmen geçerli kabul etmek istediğini gösteren açık veya örtülü bir irade beyanının olması gerekir. Alıcının önce bedel indirimi talebinde bulunması ise icazet iradesinin olduğu anlamına gelmez. Tersine, onun bu şekilde ayıptan doğan haklarından birini kullanmak istemesi, bu sözleşmeyle bir sorunu olduğunu ve bunu düzeltmek istediğini gösterir. Buna göre, irade sakatlığının yarattığı olumsuzluğu ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine göre gideremeyen alıcının, bu kez irade sakatlığına dayanarak sözleşmeyi iptal etmek istemesine karşı çıkılamaz. Aksinin kabulü, tarafların niyetine ve genel hayat deneyimlerine ters düşen gerçek dışı bir kabul olur (Buz, “İcazet Verme,” 312 vd. Karş. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 415-415).

- [12] Schmidlin, *Berner Kommentar–Mängel des Vertragsabschlusses*, Art. 23-31 OR, Art. 31, N. 146. Hatta sözleşmenin iptaliyle giderilebilecek malvarlığı kayıplarının, rıza dışı gerçekleşme unsurunun eksikliği nedeniyle teknik olarak zarar olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 177.
- [13] Guhl, Koller, Schnyder ve Druet, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 150, N. 13; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 177; Kuşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, 133. Ayrıca bkz. Yıldırım, *Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, 269.

etme yükümlülüğü altına sokan böyle bir sözleşme,^[14] olumsuz zararın^[15] tazminine imkân vermez.^[16] Ne var ki TBK m. 39/2, aldatma nedeniyle bağlayıcı olmayan bir sözleşmenin “onanmış sayılmasının” tazminat hakkını ortadan kaldırmayacağını öngörerek söz konusu düşünceyi benimsememiş ve bu konuda bir istisna getirmiştir.^[17] “Akde icazet” ifadesine yer veren 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) m. 31/3 hükmünden farklı olarak TBK m. 39/2’nin, sözleşmenin “onanmış sayılması” halinde tazminat talebinin ortadan kalkmayacağı şeklindeki lafzı, aldatılanın sözleşmeyi–açık veya örtülü–irade beyanıyla onaması halinde tazminat talebinde bulunmasının mümkün olup olmadığı konusunda bir tereddüt yaratmaktadır. Bu tereddüdün giderilebilmesi, hükme atfedilecek anlamın belirlenmesini gerektirir.

Kanunun, sözleşmenin onanması (dolayısıyla geçerli olarak sonuç doğurması) halinde dahi aldatılanın tazminat talebinde bulunabileceğini öngörmesinin, sözleşmenin bu nedenle iptal edilmesinin bazı hallerde onanmasından daha ağır ya da sakıncalı sonuçlar doğurabilecek olması düşüncesine

[14] Süresi içerisinde iptal hakkını kullanmadığından sözleşmeye onay vermiş sayılan (icazet faraziyesi gereği) aldatılanın, bu sözleşmeden doğan borcunu ifa etmekle yükümlü olsa da TBK m. 72/2’ye (OR Art. 60/3) göre daimi defi hakkını ileri sürerek borcun ifasından kaçınabileceği belirtilmektedir. Bu halde aldatılan, daha önce almış olduğu şeyi dürüstlük kuralı gereği iade etmekle yükümlü olur (Schwenzer, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Art. 31, N. 21; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 325, N. 14.171; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 468-469. Ayrıca bkz. Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 223; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 177, dn. 97).

[15] TBK m. 39/2’ye göre tazmini istenebilecek olan zararın olumsuz zarar olduğuna ilişkin açıklama için bkz. aşağıda, III, A.

[16] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 177.

[17] Schmidlin, *Berner Kommentar–Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR*, Art. 31, N. 146; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 470; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 177. TBK m. 36 anlamında aldatmadan söz edilebilmesi (ve TBK m. 39/2 hükmüne göre tazminat talebinde bulunulabilmesi) için aldatma kastının bulunması gerekir. Bununla birlikte, karşı tarafın ihmal düzeyindeki kusuruyla yanılmaya düşen kişinin sözleşmeyi iptal etmesinin ondan beklenemediği hallerde de TBK m. 39/2 hükmünden kıyasen yararlanabileceği belirtilmektedir. Buna göre, işlemsel temas sırasında kusurlu davranan kişi karşısında zarar görenin korunması gerekir (Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 177, dn. 100, 245).

dayandığı kabul edilir.^[18] Gerçekten bazı hallerde iptal hakkı, aldatılanın böyle bir sözleşmenin doğurduğu olumsuz etkilerden kurtulmasını sağlamada yeterli olmayabilir. Bu hallerde sözleşmenin iptal edilmesinin, geçerli olarak kalmasından daha olumsuz sonuçlara yol açması olasıdır. Bunun yanı sıra, sözleşmeye onay veren aldatılanın önceden öngöremediği bazı zararların sonradan ortaya çıkmış olması da mümkündür. Bu anlamda aldatmadan doğan zarar sözleşme onandıktan sonra ortaya çıkmış olabileceği gibi, daha elverişli koşullarla sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasında olduğu gibi aldatmanın etkisi daha sonradan öğrenilmiş olabilir. Önceden öngörülemeyen bu tür zararlara aldatılanın katlanmasını beklemek, sözleşme öncesi davranış yükümüne aykırı davranan aldatanın fazlasıyla korunması demek olur.^[19] Böylece kanun (TBK m. 39/2, BK m. 31/3), sözleşme onandığı için hâlâ ayakta olsa dahi aldatılana uğradığı–olumsuz–zararların tazminini talep etme imkânını tanımaktadır. Bu tazminat talebi, iptal hakkından bağımsız olarak vardır.^[20] Bir diğer deyişle buradaki tazminat sorumluluğu, sözleşmenin kurulması ya da geçerliliğinden bağımsız olarak, sadece aldatmaya bağlanmış bir sonuçtur denebilir.^[21] Böylece TBK m. 39/2 (OR Art. 31/3) hükmü, sırf sözleşmenin onanmış olmasından, kendiliğinden tazminat talebinden feragat edildiği anlamının çıkarılmasını engellemektedir.^[22]

[18] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 402; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 457; Mustafa Tiftik, “Borç Sözleşmelerinin İrade Sakatlığı Sebebiyle İptalinde Uğranılan Zararların Tazmini,” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 3-4 (2006): 411; Sarıgöllü, “İrade Sakatlıklarının Sonuçları,” 36. Bir görüşe göre TBK m. 39/2 (OR Art. 31/3) ayrıca, sözleşmenin yürürlükte kalmamasının aldatan bakımından haklı olmayan ağırlıkta bir sonuç olması nedeniyle aldatılanın iptal hakkının TMK m. 2 gereği reddedilmesinin gerektiği hallerde de önem taşır. Ancak bu hallerle nadiren karşılaşılır (Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 151, N. 13).

[19] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 178; Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, 133-134.

[20] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 113; Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, 123 vd. Ayrıca bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 401-402.

[21] Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, m. 39, 591, N. 35.

[22] Schmidlin, *Berner Kommentar–Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR*, Art. 31, N. 147. Aynı yönde bkz. Tiftik, “Borç Sözleşmeleri,” 406.

Sözleşme onanmasına, dolayısıyla geçerli olmasına rağmen aldatılanın tazminat talebi TBK m. 39/2 hükmüyle saklı tutulmuş olmakla birlikte, borçlar hukuku sistemimize pek uygun olmayan bu düzenlemenin,^[23] her hâl ve koşulda uygulama alanı bulamaması gerekir. Nitekim doktrindeki baskın görüşe göre TBK m. 39/2 hükmü, iradesi sakatlanmasına rağmen sözleşmeyi ayakta tutan tarafın, sadece özellik arz eden bazı durumlarda ve istisnaen tazminat talebinde bulunabilmesine imkân tanıyan bir düzenleme olarak anlaşılmalıdır.^[24] Bunun temelinde, yukarıda da belirtildiği gibi, iradesi sakatlanan tarafın sözleşmeyi iptal etmekten kaçınarak, kendisi için bağlayıcı olmayan böyle bir sözleşmenin etkilerini göze aldığı ve böylece onun için elverişli olmayan söz konusu sözleşmeden doğan zarara bizzat neden olduğu düşüncesi yatar.^[25] Bu nedenle zararın karşı tarafa yıkılmasının kural olarak haklı bir dayanağı bulunmaz. Sadece, özel bir nedenle sözleşmeyi iptal etmesinin aldatılandan beklenemediği hallerde bu kurala bir istisna getirilebilir. Başka bir ifadeyle TBK m. 39/2, sözleşmenin iptal edilmesinin ayakta tutulmasına nazaran çok daha ağır veya sakıncalı sonuçlar (zararlar) doğurabilecek olması nedeniyle aldatılandan,—onu dezavantajlı bir duruma sokacak olan böyle bir—sözleşmenin bağlayıcı olmadığını ileri sürmesinin beklenemeyeceği özel bazı durumlarda uygulanabilir.^[26] İsviçre

[23] TBK m. 39/2'nin (BK m. 31/2) borçlar hukuku sistemimize uygunluğunun tartışmalı olduğuna ilişkin olarak bkz. Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 122, dn. 165.

[24] Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 325, N. 14.173; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 150, N. 13; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 223; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 470-471; Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, 133 vd. Farklı yönde bkz. Schmidlin, *Berner Kommentar—Mängel des Vertragsabschlusses*, Art. 23-31 OR, Art. 31, N. 147 vd.

[25] Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 325, N. 14.173; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 223.

[26] Schwenger, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, Art. 31, N. 22; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 325, N. 14.173; Andreas von Tuhr ve Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, B. I, 3. Aufl. (Zürich: Schulthess Verlag, 1984), 340-341; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 223; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 150, N. 13. Aynı yönde bkz. Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 185. Hukukumuzda bu görüşte bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 470-471; Tekinay,

Federal Mahkemesi'nin; bir anonim şirketin tüm paylarını satın alan alıcının, payların değeri konusunda aldatılması nedeniyle yaptığı fazla ödemedeki doğan zararını, sözleşmeyi onanmış olsa dahi isteyebileceğine ilişkin kararı, bu hallerden birine örnek oluşturur. Karara göre, payların satın alınmasından hemen sonra yapılan sermaye artırımını karşısında, sözleşmenin iptal edilmesi ve alınanların iadesi aldatılan alıcıdan beklenemez. Bu halde sözleşmenin onanmaması, aldatılanı çok daha dezavantajlı bir duruma sokardı.^[27] Yine doktrinde verilen bir örneğe göre, farklı şehirlerde bulunan trampa konusu evlerin aynı değerde olduğu konusunda aldatılan kişi, şehir değiştirdikten sonra aldatıldığını öğrenirse, gerek özel hayatı gerekse iş hayatı bakımından doğabilecek sakıncaların daha büyük olması nedeniyle iptal hakkını kullanmak yerine tazminat talebiyle yetinebilir.^[28] Eski işini bırakarak bir başkasının hizmetinde çalışmaya ikna edilen bir kişi de daha sonradan aldatıldığını öğrenmesine rağmen kolayca yeni bir iş bulamayacak olması nedeniyle iptal hakkını kullanmak yerine sözleşmeyi onanmış olabilir. Bu halde sözleşmeyi onayan aldatılan, önceki işinden ayrılması nedeniyle uğradığı zararın (özellikle ücret azalmasından doğan farkın) tazminini isteyebilecektir.^[29] TBK m. 39/2'de öngörülen tazminat talebinin ancak bu

Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 456-457; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 176 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 401-402; Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, 133 vd. Benzer yönde bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 126; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 285; Yıldırım, *Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, 269.

[27] BGE 89 II 239, E. 6 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 08.04.2022). Ayrıca bkz. Guhl, Koller, Schnyder ve Druet, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 151, N. 12.

[28] Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 471; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 179; von Tuhr ve Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 341.

[29] Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 457; Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, 134, dn. 664. Ayrıca bkz. Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 179. Yine bu kapsamda doktrinde, alelade bir köpeğin aldatma sonucu cins köpek gibi gösterilerek yüksek bir fiyata satıldığı bir durumda, aile üyelerinin bu köpeğe duydukları bağlılık nedeniyle onun iade edilmesi sonucunu doğuracak olan iptal hakkının kullanılmasından vazgeçilmesi örnek gösterilmektedir. Bu durumda iptal hakkından feragat eden aldatılan, köpeğin gerçek değeri ile ödenen bedel arasındaki farkı isteyebilecektir (Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel*

gibi hallerde kendiliğinden düşmeyeceğinin kabul edilmesi gerekir. Yoksa hüküm, aldatılanın, daha yararlı olduğu için sözleşmeye onay vermeyi tercih ettiği hallere ilişkin değildir.^[30] Söz konusu istisnai hallerde sözleşmeye onay vermek zorunda kalan aldatılanın, bu sözleşme nedeniyle uğradığı–olumsuz–zararın tazminini isteyebilmesi için bu hakkını saklı tutmuş olması da gerekmez. Zira kanun, bu hallerde sözleşmenin iptal edilmemiş olmasını, tazminat hakkından vazgeçme olarak kabul etmemiştir.^[31]

Yukarıda söylenenlerden hareket edildiğinde, aldatılanın sözleşmeyi açık veya örtülü irade beyanıyla onaması ile kanun gereği onanmış sayılması (faraziye) arasında bir ayırım yapmaksızın, onamadan söz edilebildiği her halde aldatılana bu hükme dayanma imkânının tanınması, kanaatimizce hükmün anlam ve amacına daha uygun düşer.^[32] Bu hüküm, sözleşme ayakta tutulmasına rağmen ve bundan bağımsız olarak, sırf aldatma fiiline bağlanmış bir sonuç olarak aldatılanın olumsuz zararının giderilmesini sağlamayı hedefleyen istisnai bir düzenleme olarak görülmelidir. Sözleşmenin

Bölüm, 471 ve dn. 61; Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 327, N. 14.174; Ergüne, Olumsuz Zarar, 179; Kurşat, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, 133, dn. 661).

[30] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 178.

[31] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 179. Ayrıca bkz. Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, 134, dn. 663.

[32] İsviçre hukukunda, OR Art. 31/3 (TBK m. 39/2) hükmünü doktrinadaki genel eğilimden farklı bir biçimde anlamlandıran bir görüşe göre ise sözleşmenin aldatılan tarafından açık veya örtülü irade beyanıyla onanması ile kanun gereği onanmış sayılması arasında bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre, ancak sözleşmenin onanmasına ilişkin iradenin açıkça veya örtülü olarak beyan edilmesi halinde iptal hakkından feragat edildiğinden ve böylece sözleşmenin mevcut haliyle onandığından söz edilebilir. Hatta buna göre, iradeyi gösteren davranış yoluyla örtülü irade açıklamasında bulunulmuş olması halinde kayıtsız şartsız bir onamadan söz etmek kolaylıkla mümkün olmaz. Ancak sözleşmenin onandığından söz edilebiliyorsa, onayan, aldatmadan doğan zararlara da katlanır. Çünkü aksi söz konusu olsaydı o, ya iptal hakkını kullanır ya da tazminat talebini saklı tutmak kaydıyla sözleşmeyi onardı. Buna karşılık, sözleşmenin kanun gereği onanmış sayıldığı hallerde bu sonuca ulaşılamaz. Çünkü bu halde sadece kanuni bir etki söz konusu olup, bir irade açıklaması bulunmamaktadır. Bu anlamda OR Art 31/3, aldatmadan doğan tazminat talebinin kanun gereği, kendiliğinden sona ermeyeceğini öngörmektedir (Schmidlin, *Berner Kommentar–Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Art. 31, N. 148-149*).

iptal edilmesinin geçerli olarak kalmasından daha ağır sonuçlara yol açacak olması karşısında, aldatılanın adeta kötünün iyisini^[33] tercih etmek zorunda kaldığı, iptal hakkını kullanmasının ondan beklenemediği hallere özgü olan bu düzenleme bakımından onamanın aldatılanın irade beyanıyla (açık veya örtülü) ya da kanuni faraziye gereği gerçekleşip gerçekleşmediğinin bir önemi bulunmaz. Dolayısıyla her ne kadar hükmün lafzı, 818 sayılı BK m. 31/2'den farklı olarak sadece sözleşmenin “onanmış sayılmasına” ilişkin olsa da sadece iptal hakkı süresinde kullanılmadığı için sözleşmenin kanun gereği onanmış sayılması değil, aldatılanın sözleşmeyi–hak düşürücü süre içerisinde–açık veya örtülü irade beyanıyla onaması^[34] hali de hükmün kapsamına dâhil olmalıdır. Kanun koyucunun bu bakımdan bir değişiklik yapma amacının bulunduğundan söz edilemez.^[35]

II. TAZMİNAT TALEBİNİN HUKUKİ DAYANAĞI

TBK m. 39/2 ile aldatılana sözleşmeyi iptal etme hakkından bağımsız olarak bir tazminat hakkı tanınmış olmakla birlikte, bunun dayanağının ne olduğu hükmün lafzından anlaşılmamaktadır. Söz konusu hükmün bağımsız

[33] Bu niteleme için bkz. Gauch, Schlupep, Schmid ve Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 185.

[34] Belirtelim ki, aldatılanın iradesi, sözleşmeyi onamaya yönelik irade beyanında bulunurken sakatlanmış ise, bu irade beyanının irade sakatlığına dayanılarak iptal edilebilmesi mümkündür (Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 329, N. 14.183, dn. 64; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 178, dn. 102). Bu halde, sözleşme onansa dahi olumsuz zararın tazmin edilebileceğini öngören TBK m. 39/2 hükmüne dayanılmasına gerek yoktur (Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 178, dn. 102). Zira aldatılanın onamaya ilişkin irade beyanını iptal etmesi, sözleşmeyi örtülü irade beyanıyla iptal etmesi demektir. Sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilmesi halinde olumsuz zararın tazmin edilebileceği ise zaten kuraldır.

[35] Bu yönde bkz. Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. baskı (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2020), 103, N. 66.1; Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, m. 39, 591, dn. 35. Önceki Borçlar Kanunu'nda yer alan “akde icazet verme” yerine onanmış sayılma ifadesine yer verilmesinin bilinçli bir değişiklik olmadığı, ancak bunun farklı bir uygulamaya yol açabileceği konusunda bkz. Turgut Öz, “Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği,” *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 25.

bir sorumluluk sebebi oluşturmadığı ise açıktır.^[36] Bu nedenle, aldatmadan doğan zararın tazmininin hangi hükümlere göre istenebileceğinin, bir diğer ifadeyle tazminat hakkının dayanağının belirlenmesi gerekir. Bu yapılırken, aldatma fiilinin niteliği ve edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisinin göz önünde bulundurulması ve aldatmanın kim tarafından gerçekleştirildiğinin belirlenmesi gerekir.

Bir kişiyi sözleşme yapmaya yöneltmek amacıyla aldatmak, bir yandan haksız fiil niteliğinde^[37] olup, diğer yandan sözleşme öncesi davranış yükümlülüğünün ihlali görünümündedir.^[38] Bu nedenle doktrinde çoğunlukla, sözleşmenin karşı tarafının aldatmasında tazminat talebinin (TBK m. 39/2) haksız fiil hükümlerine dayandırılabilmesinin yanı sıra, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranış nedeniyle *culpa in contrahendo* sorumluluğuna da dayandırılabilir,^[39] bu anlamda sorumluluk sebeplerinin yarıştığı kabul

[36] Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 184, N. 597; Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 309, N. 39.37; Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, 123; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 222; Schmidlin, *Berner Kommentar-Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR*, Art. 31, N. 145; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 179.

[37] Bir kişiyi aldatarak sözleşme yapmaya yöneltmek, aldatılanın irade bütünlüğünü ve özgürlüğünü ihlal ettiği için hukuka aykırı sayılır. Bu anlamda aldatma, haksız fiilden söz edilebilmesi için gerekli olan hukuka aykırılık unsurunu sağlamaktadır (Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, m. 39, 592-593, N. 43; Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, 124; Tiftik, “Borç Sözleşmeleri,” 407).

[38] Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, 123 vd.; Akyol, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 266, 296-297; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 401; Tiftik, “Borç Sözleşmeleri,” 407; Yıldırım, *Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, 266.

[39] Gauch, Schluemp, Schmid ve Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 184; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 150, N. 11; Schwenzer, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Art. 31, N. 23; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 325, N. 14.173; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 469; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 401; Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, m. 39, 592, N. 44; Tiftik, “Borç Sözleşmeleri,” 407; Sarıgöllü, “İrade Sakatlıklarının Sonuçları,” 36; Esener ve Gündoğdu, *Borçlar Hukuku I*, 161, dn. 110; Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 184, N. 596; Fagnoli, “*Culpa*

edilir.^[40] Ancak sorumluluk sebepleri bakımından yapılan bu ayırımın, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun sözleşmesel sorumluluğa dayandığının kabulü halinde anlamlı olacağını belirtmek gerekir. Yoksa *culpa in contrahendo* sorumluluğunun bir haksız fiil sorumluluğu olduğunun kabul edilmesi halinde sorumlulukların yarıştığından söz etmek anlamsızlaşır. Nitekim doktrinde, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun sözleşme benzeri bir borç ilişkisi yarattığı, dolayısıyla burada sözleşmeden doğan borca aykırılık hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği düşüncesi hâkimdir.^[41]

Karşı tarafın (bizzat sözleşenin, temsilcinin veya yardımcı kişinin) aldatması halinde istenebilecek olan tazminatın haksız fiil hükümlerine de dayandırılacağı genellikle kabul edilmekle birlikte doktrinde, buradaki sorumluluğun esas olarak *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayandığı ifade edilmektedir.^[42] Bu yargı kanaatimizce de yerinde olup, sözleşme

in contrahendo,” 179. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 108 II 419 E. 5 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 09.04.2022). Buna karşılık, sorumluluğu sadece haksız fiil hükümlerine dayandıran görüş için bkz. Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 150, N. 13; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 456-457.

[40] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 401; Tiftik, “Borç Sözleşmeleri,” 407; Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, 128; Sarıgöllü, “İrade Sakatlıklarının Sonuçları,” 36. Haksız fiil sorumluluğuna dayanılması durumunda, aldatılanın somut durumda gerekli dikkat ve özeni göstermemesinin, TBK m. 51-52 gereği tazminatta bir indirim sebebi olarak dikkate alınabileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Tiftik, “Borç Sözleşmeleri,” 408, dn. 54.

[41] Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 8-9; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm III, İfa-İfa-Engelleri-Haksız Zenginleşme*, 7. baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 252 vd.; Schmidlin, *Berner Kommentar-Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR*, Art. 31, N. 142 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 979; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 103 vd.; Cem Baygın, “*Culpa in contrahendo* Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması,” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1-2 (2000): 356 vd.; Tiftik, “Borç Sözleşmeleri,” 402; Mehmet Serkan Ergüne, “*Culpa in contrahendo* Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini,” içinde *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan I*, ed. Baki İlkey Engin (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 911-912.

[42] Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 309, N. 39.36; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 103, N. 66.2; Eren, *Borçlar Hukuku*

görüşmelerine başlayan kişiler arasında özel bir bağlantının doğduğu ve bu bağlantının, tesadüfen bir araya gelen kişiler arasında meydana gelen ilişkiden doğan zararı gidermeye dönük ve oldukça zayıf bir koruma sunan haksız fiil sorumluluğuna başvurulmasını anlamsız kıldığı gerekçesine dayandırılabilir. Her ne kadar aldatma fiili aynı zamanda bir haksız fiil niteliğinde ise de, sözleşme dışı sorumluluk burada yerini edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisinin uygulama alanına terk etmelidir. Gerçekten, TBK m. 49 (OR Art. 41) vd. hükümlerinde düzenlenen haksız fiil sorumluluğu, herhangi bir hukuka aykırı davranışa karşı genel bir koruma sağlayan ve bu nedenle hukuka aykırılık, zarar, kusur ve illiyet bağına ilişkin genel koşulların gerçekleşmesini gerektiren bir sorumluluk biçimidir. Oysa irade sakatlığının söz konusu olduğu bir sözleşmeden doğan sorumluluğun bu kriterlere tâbi tutulması, taraflar arasında doğmuş olan sözleşmesel ilişkiye, en azından işlemsel temasa giren kişiler arasında doğan özel bağlantıya ve güven ilişkisine uygun düşmez. Artık bu halde, uğranılan zararın sözleşme dışı kusur sorumluluğu esasına dayandığı söylenemez.^[43] Burada haksız fiil hükümleri değil, *culpa in contrahendo*, dolayısıyla sözleşmesel sorumluluk hükümleri—kıyasen—uygulama alanı bulur. Bir diğer ifadeyle TBK m. 39/2 (BK m. 31/2), *culpa in contrahendo* sorumluluğunun, daha geniş bir kavram olarak da edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin görünüm biçimlerinden biridir.^[44] Sözleşme görüşmelerine başlayan taraflar arasında oluşan özel bağlantı ve güven ilişkisi, onlar arasında TMK m. 2 hükmüne dayanan bir borç ilişkisi doğurur. Böylece her bir taraf, kendisiyle yakın temasa geçen karşı tarafı her türlü zarardan uzak tutacak davranışları göstermekle yükümlü olur. Bu yükümlülüğün kusurlu olarak ihlali, taraflar arasında kanun gereği

Genel Hükümler, 401; Tiftik, “Borç Sözleşmeleri,” 407. Aynı yönde olduğu anlaşılan Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 179-180.

[43] Bu yönde bkz. Schmidlin, *Berner Kommentar—Mängel des Vertragsabschlusses*, Art. 23-31 OR, Art. 31, N. 139. Yazara göre bu halde zarar, sakat bir sözleşme yapılmış olmasından doğar. Bu nedenle aldatmada söz konusu olan hukuka aykırılık bağımsız olarak değil, sözleşmesel sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmelidir. Aynı yönde bkz. Yıldırım, *Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, 267.

[44] Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm III, İfa-İfa-Engelleri-Haksız Zenginleşme*, 255-256; Rona Serozan, “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Artan Kavramlar: “Sözleşmenin Müspet İhlali” ve “*Culpa in contrahendo*,” *MHAD* 15, no. 18 (1990): 39; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 120-121.

kurulan (TMK m. 2) borç ilişkisinin (edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin) ihlaline yol açar. Böylece, birbiriyle yakın temas kuran kişiler arasında meydana gelen güven ilişkisi, tesadüfen karşılaşan kişilere göre daha fazla korumayı gerektirdiğinden, söz konusu güven ilişkisinin ihlalden doğan zarar, haksız fiil hükümleri yerine borca aykırılık hükümlerine tâbi olur. Bu güven zararından sorumluluk, haksız fiilin elverişsiz hükümleri yerine borca aykırılık hükümlerine tâbi olmayı hak eder.^[45] Böylece tazminat talebinde bulunan alacaklı, özellikle zamanaşımı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ve kusurun ispatı bakımından daha elverişli bir konum elde eder.^[46]

Culpa in contrahendo sorumluluğuna da kaynaklık eden edim yükümünden bağımsız davranış yükümlerine aykırılık oluşturan hallerin çoğunun esasında haksız fiil niteliğinde olduğu doğrudur. Ancak edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisi de zaten haksız fiil hukukunun yetersizliklerini (özellikle yukarıda belirtildiği gibi zamanaşımı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ve kusurun ispatı bakımından) aşmak amacıyla doktrin ve uygulamanın geliştirdiği bir teoridir.^[47] Dolayısıyla aldatmanın aynı zamanda haksız fiil niteliğinde olması, TBK m. 39/2'de öngörülen tazminat sorumluluğuna haksız fiil hükümlerinin uygulanmasını haklı göstermez. Doktrini böyle bir teori yaratmaya iten yetersiz haksız fiil sorumluluğu hükümleri, onu aşan *culpa in contrahendo* veya edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisi karşısında geri çekilir. Kaldı ki hâkimin hukuku resen uygulayacağına ilişkin usul hukuku ilkesi (HMK m. 33) de bu sonucun kabul edilmesini gerektirir. Dava haksız fiil esasına dayandırılmış olsa bile hâkim, söz konusu hüküm gereği davacı için daha elverişli olan *culpa in contrahendo* sorumluluğunu esas almalıdır.^[48] Bu nedenle, karşı tarafın

[45] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 108 vd. ve 118-119.

[46] Serozan, "Sözleşmenin Müspet İhlali ve *Culpa in contrahendo*", 40; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 119, dn. 153. Ayrıca bkz. Guhl, Koller, Schnyder ve Druet, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 150, N. 12; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 309, N. 39.36; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 401; Yıldırım, *Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, 267; Tiftik, "Borç Sözleşmeleri," 407-408.

[47] Serozan, "Sözleşmenin Müspet İhlali ve *Culpa in contrahendo*," 35-36.

[48] Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 469-470, N. 35. İlk bakışta TBK m. 60 hükmüyle de aynı sonuca ulaşılabileceği akla gelse de hükmün kanunlaşma

aldatması halinde istenebilecek olan tazminatın, sözleşme öncesi davranış yükümlülüğünün ihlalinden doğan olumsuz zararın tazminine yönelik olduğu kabul edilmelidir.

Aldatmanın etkisiyle yapılan bir sözleşmede TBK m. 49 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulması, ancak üçüncü kişinin^[49] aldatması halinde ve ona yöneltilecek tazminat talepleri bakımından söz konusu olabilir.^[50] Sözleşmeye katılmamakla birlikte, karşı taraf lehine aldatma fiilini gerçekleştirerek sözleşmenin yapılmasına etki eden üçüncü kişinin bu davranışı aldatılan sözleşme tarafına zarar verirse, genel davranış yükümlülüğünü ihlal eden bu zararın tazmini talebi, ancak haksız fiil hükümlerine dayandırılabilir.^[51]

süreci göz önünde bulundurulduğunda, bu halin hükmün kapsamına girmediği anlaşılmaktadır. TBK m. 60 hükmünün haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin yarışması bakımından uygulama alanı bulamayacağına ve hükümde geçen “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesinin, “hâkim hukuku resen uygular” ilkesiyle bağdaşmazlığına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Vedat Buz, “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK. m. 60 Üzerine Düşünceler,” *BATİDER* 29, no. 2 (2013): 19 vd., özellikle 30 vd.

[49] TBK m. 36/2 (OR Art. 28/2) anlamında üçüncü kişi, sözleşme görüşmelerine veya yapılmasına sözleşenlerden birinin tarafında katılmayan kişidir (Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 170, N. 546; Schwenzer, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Art. 28, N. 16). Bu anlamda temsilcinin veya sözleşme görüşmelerine katılan yardımcının üçüncü kişi sıfatı bulunmaz. Sözleşmenin karşı tarafı, bu kişilerin aldatmaya yönelik davranışlarından kural olarak kendi davranışı gibi sorumlu olur (Gauch, Schlupep, Schmid ve Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 184; Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 170, N. 546; Schwenzer, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Art. 28, N. 16; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 221-222. Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 280).

[50] von Tühr ve Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 339; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 470; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 103, N. 66.2; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 400 vd.; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 180; Tiftik, “Borç Sözleşmeleri,” 407 ve dn. 51; Fargnoli, “Culpa in contrahendo,” 179, dn. 70.

[51] Ayrıca bkz. Schmidlin, *Berner Kommentar-Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR*, Art. 31, N. 140; Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, m. 39, 594, N. 48. Aldatılan ile üçüncü kişi arasında istisnai olarak işlemsel bir temasın söz konusu olabileceği ve bu halde aldatılanın tazminat talebinin,

Adatılanın sözleşmeyi onaması, üçüncü kişiden haksız fiil hükümlerine göre isteyebileceği bu tazminat hakkını ortadan kaldırmaz. Ancak aldatılanın sözleşmeyi iptal etmeyerek onunla bağlı kalmaya devam etmesi zararın artmasına yol açıyorsa, bu husus TBK m. 52/1 gereği tazminat miktarının belirlenmesinde bir indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulur.^[52]

Üçüncü kişinin aldatmasının sözleşmenin karşı tarafından istenebilecek tazminat talebine etkisi ise onun aldatmayı bilmesine veya bilecek durumda olup olmamasına (başka bir ifadeyle iyiniyetli olup olmamasına) göre belirlenir. Sözleşmenin karşı tarafının iyiniyetli olmaması halinde aldatılan sözleşmeyi onarsa, artık kural olarak karşı taraftan *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanarak tazminat talebinde bulunamaması gerekir. Çünkü bu hal, aldatılanın söz konusu sözleşmeden doğan zararları üstlendiği anlamına gelir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere TBK m. 39/2, sözleşmenin onanmasını mutlaka tazminat talebinden vazgeçme olarak kabul etmemiş, somut durumda sözleşmeyi iptal etmesinin aldatılıandan beklenemediği hallerde de zararın tazminine imkân tanımıştır. Böyle bir durum söz konusu ise aldatılan, burada da TBK m. 39/2'ye dayanarak uğradığı olumsuz zararının tazminini isteyebilecektir.^[53] Buna karşılık üçüncü kişinin aldatmasında sözleşmenin karşı tarafı iyiniyetli ise, TBK m. 36/2 gereği sözleşmenin aldatma nedeniyle iptal edilmesinden söz etmek mümkün olmaz. Bu halde, üçüncü kişi tarafından aldatılan kişi sözleşmeyle bağlı olup, TBK m. 39/2'nin koşulları gerçekleşmediğinden sözleşmenin karşı tarafından tazminat talebinde bulunamaz. Bu halde *culpa in contrahendo* sorumluluğunun koşulları gerçekleşmemiştir. Bu olasılıkta sözleşmenin onanmış olup olmamasının tazminat sorumluluğuna bir etkisi bulunmaz.^[54] Lehine aldatmada bulunulan

edim yükümünden doğan borç ilişkisinin ihlal edilmesi nedeniyle borca aykırılık hükümlerine dayanacağına ilişkin olarak ayrıca bkz. Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 180, dn. 109.

[52] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 180.

[53] Ayrıca bkz. Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 180-181. Sözleşmenin karşı tarafının iyiniyetli olmaması (aldatmayı bilmesi veya bilmesi gerekmesi) halinde, üçüncü kişinin karşı tarafla birlikte TBK m. 61 (BK m. 50) gereği müteselsilen sorumlu olduğuna ilişkin olarak bkz. Tiftik, "Borç Sözleşmeleri," 408-409.

[54] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 181 ve dn. 111. Aynı yönde bkz. Tiftik, "Borç Sözleşmeleri," 408. Sözleşmenin karşı tarafının aldatmayı bilmediği veya bilmesi gerekmediği bu

sözleşme tarafının aldatmayı bilmediği veya bilmesi gerekmediği bu durumda aldatılan sadece, aldatma fiilini gerçekleştiren üçüncü kişiden haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edebilir.^[55]

Culpa in contrahendo sorumluluğunun görünüm biçimlerinden biri olarak kabul ettiğimiz TBK m. 39/2 hükmünün, sözleşmenin onanması veya onanmış sayılması halinde de uygulama alanı bulabilecek olması, bu halde *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk arasındaki ilişkinin de belirlenmesini gerektirmektedir. Bu halde, geçerli bir sözleşmenin varlığına rağmen, tazminat talebinin *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayandırılmasının ne şekilde mümkün olacağı sorunuyla karşılaşılır. Zira *culpa in contrahendo* sorumluluğu, sözleşmenin kurulmasından önceki döneme ait davranış yükümlerine ilişkin olup, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra bu davranış yükümleri kural olarak bağımsızlığını yitirir ve sözleşme ilişkisinin içeriğine dâhil olur. Sözleşme öncesi kusurlu davranış yükümü, etkilerini sözleşmenin kurulmasından sonra da devam ettirse bile *culpa in contrahendo* sorumluluğu, yerini bu andan itibaren sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin kurallara bırakır. Doktrinde buna, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun *culpa in solvendo* sorumluluğu karşısında ikincilliği ilkesi denmektedir. TBK m. 39/2 hükmü, sözleşmenin geçerli olarak ayakta kaldığı hallerde dahi olumsuz zararın tazmin edilebileceğini öngörmekle bu ilkeye bir istisna getirmektedir.^[56] Doktrinde bu hususun absorpsiyon (soğurma) teorisi kapsamında ele alındığı da görülmektedir. Buna göre *culpa in contrahendo* sorumluluğu kendisini geçerli bir sözleşme içerisinde gösteriyorsa, kural olarak bağımsız bir sorumluluk sebebi oluşturmaz. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu, yeniden canlanması teorik olarak mümkün olsa da (söz gelimi sözleşme ortadan kalktığı için), kural olarak sözleşmesel sorumluluk tarafından soğrulur. Sözleşmesel

halde sözleşmeyi TBK m. 36/2'ye göre iptal edemeyen sözleşme tarafı esaslı bir yanılmaya düşmüş ise, yanılma hükümlerine dayanarak iptal hakkını kullanabilir. Bu durumda üçüncü kişi tarafından aldatılan, sözleşmeyi iptal ettiği için karşı tarafa TBK m. 35 gereğince tazminat ödemekle yükümlü olması ve ayrıca uğradığı zararlar nedeniyle üçüncü kişiyi haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutabilir (Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 281).

[55] Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 103, N. 65.

[56] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 122, dn. 165. Ayrıca bkz. Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm III, İfa-İfa-Engelleri-Haksız Zenginleşme*, 252 vd.

sorumluluk, ancak istisnai hallerde *culpa in contrahendo* sorumluluğunu dışlayamaz.^[57] Bu anlamda, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1998 yılında verdiği yayımlanmamış bir kararında^[58] da belirtildiği üzere OR Art. 31/3 (TBK m. 39/2) hükmü, absorbsiyon teorisinin kanuni bir istisnasıdır. Bu halde sözleşme öncesi kusurlu davranış, geçerli bir sözleşmeye rağmen sözleşmesel sorumluluk tarafından absorbe edilmez. Buna göre aldatma, onamayla sözleşme ilişkisi içerisinde çözülmeyen ve dolayısıyla soğrulmadan devam eden sözleşme öncesi kusurlu davranış olarak değerlendirilmelidir. Böylece bundan doğacak olası bir tazminat talebi, sözleşmenin onanmış olmasına bakılmaksızın varlığını devam ettirir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun sözleşmesel sorumluluk karşısında *derin bir uykuya gömülmediğini* gösteren bu kanuni düzenleme, absorbsiyon teorisinin göreceliliğine işaret eder.^[59] Şu halde sözleşme onandığı için ayakta olmasına rağmen TBK m. 39/2 hükmüne göre istenecek tazminat, sözleşmesel sorumluluğa değil, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanır.^[60] Bu halde zararın doğmasına yol açan olay, sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafın aldatılması ve böylece diğer tarafa zarar vermemeye ilişkin sözleşme öncesi davranış yükümüne aykırı davranılmasıdır. Dolayısıyla bu hükme dayanılarak tazminat talebinde

[57] Fagnoli, "Culpa in contrahendo," 180.

[58] BGE, 08 Haziran 1998, SJ 1999 I 113 (Karar için bkz. Fagnoli, "Culpa in contrahendo," 177).

[59] Fagnoli, "Culpa in contrahendo," 180. Aynı yönde bkz. Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 285.

[60] Aksi yönde olduğu anlaşılan görüş için bkz. Schmidlin, *Berner Kommentar-Mängel des Vertragsabschlusses*, Art. 23-31 OR, Art. 31, N. 143. İptal edilmediği veya onaylandığı için geçerli bir sözleşmenin söz konusu olduğu hallerde sorumluluğun doğrudan sözleşmeye dayandırılmasının mümkün olup olmadığına ilişkin söz konusu sorunun, baskın görüşün *culpa in contrahendo* sorumluluğuna sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin uygulanacağını benimsenmesi karşısında pratik bir değer taşımadığı belirtilmektedir. Yine de bu görüşe göre ihlal sözleşme görüşmeleri sırasında gerçekleştiğinden, doğrudan sözleşme hükümlerine aykırılıktan değil, *culpa in contrahendo* sorumluluğundan söz etmek gerekir (Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, m. 39, 592, N. 42).

bulunulabilmesi, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin koşulların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.^[61]

III. TAZMİNATIN KAPSAMI

A) GENEL OLARAK

Doktrindeki baskın görüşe göre, sözleşme ister iptal edilmiş ister onanmış olsun, TBK m. 39/2'ye göre tazmini istenecek olan zarar, kural olarak olumsuz zarardır.^[62] Buna göre, sözleşme onanmış olsa dahi istenecek olan tazminat ifaya olan çıkara ilişkin değildir. Hüküm, sözleşme onanmasına rağmen giderilemeyen zararların tazminine hizmet eder.^[63] Bu anlamda TBK m. 39/2, olumlu-olumsuz zarar ayırımına getirilmiş istisnai bir düzenlemedir. Gerçekten bu halde iptal hakkı kullanılmadığı için sözleşme ayakta olsa bile, aldatılan olumsuz zararının tazminini isteyebilmektedir. Hâlbuki olumsuz zarar, esas olarak sözleşmenin geçersiz olduğu hallerde söz konusu olabilir. Bu zarar, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu konusunda uyandırılan güvenin boşa çıkmasından ileri gelir. Geçerli bir sözleşmeden söz ediliyor ise, kural olarak bu sözleşmeden doğan borcun ifa edilmesine olan çıkara yönelik olumlu zarardan söz açmak mümkün olabilir. Bu nedenle TBK m. 39/2 hükmü, geçerli bir sözleşmeden doğan malvarlığı zararlarının olumsuz zarar adı altında giderilmesini mümkün kılan istisnai bir hüküm olarak değerlendirilmektedir.^[64]

[61] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 180. Aynı yönde bkz. Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 285-286.

[62] Schwenger, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Art. 31, N. 23; von Tuhr ve Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 340; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 326, N. 14.173; Fargnoli, "Culpa in contrahendo," 179; Akyol, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 297; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 402; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 103-104, N. 66.2; Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, m. 39, 593, N. 46; Tiflik, "Borç Sözleşmeleri," 406.

[63] Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, m. 39, 593, N. 47.

[64] Bu hususta ve ayrıca olumlu-olumsuz zarar ayırımı ile bu ayırımın istisnaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 55 vd. Buradaki zararın; zarar görenin, irade sakatlığının söz konusu olduğu sözleşmeden elde ettiği şey ile böyle bir irade sakatlığının söz konusu olmadığı bir sözleşmeden elde edebileceği şey arasındaki

TBK m. 39/2'de öngörülen tazminat kural olarak olumsuz zararın tazminine yönelik olmakla birlikte, yanılmaya ilişkin TBK m. 35/2 (OR Art. 26/2) hükmüne kıyasen, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda daha fazla tazminata hükmedilebilmesi mümkündür.^[65] Yanılına, kendi risk alanında gerçekleşen yanılması nedeniyle daha ağır bir sorumluluk yüklenebiliyorken, aynı sorumluluğun aldatan için öncelikle geçerli olması gerektiği haklı olarak belirtilmektedir.^[66] Ancak her halükârda hükmedilecek tazminat, olumlu zararı aşacak şekilde belirlenemez.^[67]

B) ZARARIN HESABI VE TAZMİNİ

1- Genel Olarak

Yukarıda belirttiğimiz gibi TBK m. 39/2, sözleşmenin onanmasına, dolayısıyla geçerli olarak ayakta kalmasına rağmen aldatılanın olumsuz zararının giderilmesini talep etmesine imkân tanıyarak olumlu-olumsuz zarar ayırımı bakımından bir istisna getirmektedir. Bu nedenle burada, olumsuz

farktan oluştuğu, bu farkın olumlu-olumsuz zarar ayırımına uygun düşen bir zarar kategorisi olmadığına ilişkin olarak ayrıca bkz. Schmidlin, *Berner Kommentar–Mängel des Vertragsabschlusses*, Art. 23-31 OR, Art. 31, N. 151.

[65] Gauch, Schluop, Schmid ve Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 185; Fargnoli, “Culpa in contrahendo,” 179; Schwenzler, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, Art. 31, N. 23; Mustafa Fadıl Yıldırım, “Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK m. 28) Hükmü Arasındaki İlişki,” içinde *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, ed. Mehmet Ünal (Ankara: Yetkin Yayınları, 2006), 985; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 470; Akyol, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 297; Yıldırım, *Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, 268; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 63, 179, dn. 105. Ayrıca bkz. Tiftik, “Borç Sözleşmeleri,” 406. Aksi görüşte bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 402.

Hakkaniyetin gerektirmesi halinde olumlu zararın tazminine de imkân veren OR Art. 26/2 (TBK m. 35/2) hükmü ile OR Art. 39/2 (TBK m. 47/2) hükmünün, doğrudan kanunla düzenlenmeyen diğer *culpa in contrahendo* sorumluluğu hallerinde de kıyasen (bu hallerde kanun boşluğu söz konusu olduğundan) uygulanabileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Alfred Koller, “Grundzüge der Haftung für reinen Vermögensschaden,” *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, no. 11 (2020): 1389.

[66] Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 470.

[67] Yıldırım, *Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, 269.

zararın tazminine ilişkin diğer hallerden farklı bir zarar hesabının yapılması gerekmektedir. Çünkü olumsuz zararın tazmini esas olarak sözleşmenin iptal edilmesi halinde söz konusu olur ve bu halde iptal ile giderilemeyen zararların tazmini istenebilir. Oysa bu halde sözleşme geçerli olarak varlığını korumasına rağmen aldatılan, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranış nedeniyle uğradığı zararın tazminini istemektedir. Dolayısıyla burada tazmini istenecek olan zarar, sözleşme onanmasına karşın giderilemeyen zararlara ilişkin olacaktır. Bu anlamda, TBK m. 39/2'ye göre istenebilecek olan olumsuz zararın tazmini, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranış (yani aldatma) olmasaydı, aldatılanın içinde bulunacağı farazi durumun sağlanmasına ilişkindir.^[68] Zararın doğmasına yol açan sözleşme öncesi özen yükümlülüklerinden hangisinin ihlal edildiği ve bundan hangi zararların doğduğu somut duruma göre belirlenmelidir.^[69] Bu kapsamda aldatılan, özellikle aldatma nedeniyle fazladan yapmış olduğu masrafların ve elverişsiz koşulları içeren bir sözleşmeyle bağlanmış olmasından doğan zararlarının tazminini isteyebilir.^[70]

Zarar görenin aldatma nedeniyle yaptığı fazladan masrafın kapsamına, sözleşmenin kurulması için zorunlu olmayan, aldatma dolayısıyla yapılmış olan boşa çıkan masraflar girer. Bu konuda, satılan arabanın olduğundan daha üstün olduğunun söylenmesi nedeniyle fazladan ödenen harçlar, noter masrafları örnek gösterilmektedir.^[71] Tazmini istenebilecek bir diğer zarar kalemi olan elverişsiz bir sözleşme yapılmış olmasından (yani daha iyi koşullarla sözleşme yapma fırsatının aldatma nedeniyle kaçırılmış olmasından) doğan zarar ise, bağlanılmış olan elverişsiz sözleşme ile aldatma gerçekleşmeseydi

[68] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 315; Tiftik, “Borç Sözleşmeleri,” 411; Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, m. 39, 593-594, N. 47.

[69] Ayrıca bkz. Schmidlin, *Berner Kommentar–Mängel des Vertragsabschlusses*, Art. 23-31 OR, Art. 31, N. 144; Yıldırım, *Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, 268.

[70] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 315. Alman hukuk doktrini ile yargı uygulamasında, sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilme süresi geçmiş olsa dahi, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanan olumsuz zararın tazmini kapsamında sözleşmeden kurtulmanın talep edilebilmesi mümkün görülmektedir. Bu imkânın hukukumuzda da benimsenmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 335 vd.

[71] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 315, dn. 67.

(sözleşme görüşmeleri sırasındaki davranış yükümü ihlal edilmeseydi) daha elverişli koşullarla yapılacak olan sözleşme arasındaki farktan oluşur.^[72] Gerçekten, aldatılan taraf, aldatma olmasaydı bu sözleşmeyi ya hiç yapmayacak ya da kendisi için daha elverişli olan koşullarla yapacak idi.^[73] Sözleşmeye onay vermekle aldatılan, aldatmanın varlığına rağmen bu sözleşmeyi yapma iradesini ortaya koymuş olur. Bu olasılıkta bir tazminat talebinde bulunuyor ise, bu tazminatın esas olarak, daha iyi koşullarla bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan zararların giderilmesine yönelik olduğu açıktır. Bu halde, yapılmış olan elverişsiz sözleşme fiili durumu ifade etmekte olup, daha elverişli koşullarla yapılacak sözleşme farazi duruma ilişkindir. Zararı oluşturan bu ikisi arasındaki fark miktarı kadar tazminat talep edilebilecektir. Bu—olumsuz—zarar nakden tazmin edilebileceği gibi, aynen tazmin yöntemiyle de giderilebilir. Bu kapsamda, aldatılanın yerine getirmekle yükümlü olduğu edimin uğradığı zarar oranında indirilmesi veya karşı sözleşenin ediminin bu oranda artırılması mümkün olabilecektir.^[74]

Elverişsiz bir sözleşme yapılmış olmasından doğan olumsuz zararın hesabında, elverişsiz sözleşme koşulları ile daha elverişli olan farazi sözleşme koşulları arasındaki farkın ötesine geçerek aldatılanın ifaya olan çıkarına yönelik bir tazminat hesabına girilmemesi gerekir. Söz gelimi, asıl değeri 5000 TL olan bir bilgisayar alıcıda, satıcının aldatıcı davranışları nedeniyle 10.000 TL değerinde olduğu düşüncesini uyandırmış ve bu bilgisayar 7000 TL'ye alınmış olsun. Bu halde aldatılan alıcı, elverişsiz sözleşme bedeli

[72] Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 104, N. 66.2; Tiftik, “Borç Sözleşmeleri,” 411; Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, m. 39, 593-594, N. 47; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 316; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 285-286. Ayrıca bkz. Yıldırım, *Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, 269.

[73] TBK m. 36 anlamında aldatmadan söz edilebilmesi için, aldatmayla yaratılan saik yanılması olmasaydı sözleşme ya hiç yapılmayacak ya da farklı koşullarla yapılacak olmalıdır. Başka bir ifadeyle aldatma fiili ile sözleşmenin yapılması (veya bu haliyle yapılması) arasında illiyet bağı olmalıdır (Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 181; Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 169, N. 544; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 111; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 453; Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, m. 36, 569-570, N. 7 vd.).

[74] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 316.

(7000 TL) ile elverişli sözleşme bedeli (5000 TL) arasındaki fark olan 2000 TL'lik olumsuz zararının tazmin edilmesini isteyebilecektir. Çünkü aldatma (sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranış) gerçekleşmeseydi, alıcı söz konusu bilgisayarını 7000 TL'ye değil, daha elverişli olan 5000 TL'ye alabilecekti. Buna karşılık alıcının, aldatma nedeniyle 10.000 TL olduğunu düşündüğü bilgisayarın gerçekte 5000 TL değerinde olması nedeniyle, beklentisini karşılayacak biçimde 5000 TL (10.000 – 5000) tazminat talep etmesi mümkün olmaz. Başka bir ifadeyle zarar görenin beklentileri ile elverişli sözleşme arasındaki farkın giderilmesi istenemez. Çünkü söz konusu fark, alıcının ifaya olan çıkarını ifade eder. Bu ise olumlu zarar niteliğinde olup, TBK m. 39/2 kapsamında tazmin edilmesi kural olarak mümkün değildir.^[75] Buna paralel olarak, bir anonim şirketin satın alınan paylarının değeri konusunda aldatılan alıcının, sözleşmeyi iptal etmeksizin (onayarak) yaptığı fazla ödeme nedeniyle doğan zararını TBK m. 39/2'ye göre tazmin ettirebileceğine ilişkin yukarıda belirttiğimiz İsviçre Federal Mahkemesi kararında^[76] benimsenen hesaplama yöntemi doktrinde eleştiriye maruz kalmıştır. Karara konu olayda söz konusu olan zararın hesabında Federal Mahkeme, ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin bedelde orantılı indirim yapılmasında esas alınan nispi hesaplama yöntemine başvurmuştur.^[77] Oysa ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin söz konusu yöntem, sözleşme görüşmelerinden doğan kusurlu davranışın neden olduğu güven zararının tazminine ilişkin olmayıp, zarar görenin beklentilerini dikkate alan ve sözleşmeyle ulaşılmak istenen ifa menfaatinin karşılanmasına yarayan bir yöntemdir. Olumsuz zararın hesaplanmasıyla bağdaşmayan böyle bir yönteme başvurulması isabetli değildir.^[78] Sözü edilen hallerde, onandığı veya onanmış sayıldığı için sözleşmenin geçerli olarak ayakta olması bu konuda bir yanılğı yaratmamalıdır. Zira daha önce

[75] Bu sonuç ve benzer örnek için bkz. Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 316.

[76] BGE 89 II 239, E. 11 (bkz. yukarıda, I).

[77] Ayrıca bkz. Schmidlin, *Berner Kommentar–Mängel des Vertragsabschlusses*, Art. 23-31 OR, Art. 31, N. 152; Yıldırım, *Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, 270; Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, m. 39, 594, N. 47.

[78] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 317 ve dn. 70.

de belirtildiği üzere TBK m. 39/2 hükmü, olumlu–olumsuz zarar ayırımı bakımından istisnai bir düzenleme niteliğindedir.^[79]

2- Sözleşmenin Fer’i Aldatma Nedeniyle Kısmen İptali Halinde Doğan Özellik

Aldatılan, aldatma fiili olmasaydı sözleşmeyi yine de yapacak olmakla birlikte, bunu farklı koşullar altında, bu anlamda daha elverişli koşullarla yapacak idiyse fer’i aldatmadan söz edilir.^[80] Sözleşmenin, aldatmanın söz konusu olduğu kısım olmaksızın yapılabileceğinin söylenebildiği bu hal, akla kısmi hükümsüzlük kurumunu getirmektedir. Nitekim doktrinde, kısmi kesin hükümsüzlüğe ilişkin TBK m. 27/2 (OR Art. 20/2) hükmünün fer’i aldatma halinde kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir.^[81] Bu

[79] TBK m. 39/2 hükmünde öngörülen tazminatın olumlu-olumsuz zarar ayırımına uygun düşmediğini kabul eden bir görüşe göre söz konusu hükmün esas amacı, aldatmanın etkisiyle yapılan sözleşmenin onanması halinde zarar verenin haksız bir kazanç elde etmesini engellemek olup, hükmün kapsamına girebilecek zarar kalemlerinin hakkaniyete uygun olarak sınırlandırılması gerekir. Söz gelimi, gerçekte 1000 TL olan bir hisse senedini aldatma nedeniyle 1200 TL üzerinden satın alan bir kişinin, arada düşen döviz kurunun yeniden yükselmesi karşısında sözleşmeyi iptal etmesinde hiçbir yararı bulunmayabilir. Aldatılan, sözleşmeyi onanması halinde 200 TL’lik zararının tazminini isteyebilir. Buna karşılık aldatılan, olası bir kur düşüşünü aldatana yükleyemez. Söz gelimi, kurda meydana gelen değişiklik nedeniyle söz konusu hisse senedinin değeri 700 TL’ye düşmüş ise aldatılan 500 TL’nin tazminini isteyemez. Zira aksi halde aldatılan, normalde elde edemeyeceği bir kazancı aldatma dolayısıyla elde etmiş olurdu (Schmidlin, *Berner Kommentar–Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR*, Art. 31, N. 150. Aynı yönde bkz. Yıldırım, *Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, 269).

[80] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 112; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 400; Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, m. 36, 569, N. 8; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 448.

[81] Schwenger, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Art. 28, N. 18; Schmidlin, *Berner Kommentar–Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR*, Art. 28, N. 79; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 184, N. 869; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 149, N. 8; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 609; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 448; Haluk Nami Nomer, “İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal Mümkün Müdür?,” *Prof. Dr. M. İlhan Ulsan’a Armağan III, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

halde sözleşmenin sadece aldatmanın etkisiyle yapılmış olan kısmı geçersiz kılınır, geri kalan kısmı ise geçerli olarak varlığını devam ettirir. Başka bir ifadeyle sözleşme kısmen iptal edilmiş olur. Söz gelimi, alıcının satım bedeli bakımından aldatıldığı yukarıdaki bilgisayar satımı örneğinde aldatılan, aldatma söz konusu olmasaydı dahi söz konusu bilgisayarı 6.000 TL'ye alma konusunda kararlı idiyse, ancak aldatma sonucu satım bedeli olarak 7.000 TL ödemiş ise sözleşmenin sadece satım bedeli bakımından iptalini isteyebilmelidir.^[82] Bu halde, satım bedeli bakımından sözleşmede meydana gelen boşluk, doktrinde içerik değiştirici kısmi hükümsüzlük^[83] olarak adlandırılan teori esas alınarak aldatılanın iradesi doğrultusunda doldurulabilir.^[84] Böylece sözü edilen örnekte alıcı, satım bedeline ilişkin hükmün iptali üzerine bu konuda doğan boşluğun–iradesine uygun olarak–6.000 TL ile doldurulmasını isteyebilecektir.^[85] Bu halde tarafların ortak varsa-

Dergisi 15, no. 2 (Özel Sayı, 2016): 529. Ayrıca bkz. Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 334, N. 14.202. Asli aldatma halinde de farazi iradelerin belirlenmesinde objektif değerlendirme metodu esas alınmak suretiyle (aldatılan sübjektif değerlendirmeye göre sözleşmeyi hiç yapmayacak olsaydı dahi) sözleşmenin kısmen iptalinin söz konusu olabileceğine ilişkin olarak bkz. Nomer, “İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal,” 531.

- [82] Benzer bir örnek için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 448.
- [83] Kavram hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 598 vd.
- [84] Ayrıca bkz. Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 184, N. 869. Söz konusu örnekte hükümsüz kılınan husus her ne kadar sözleşmenin objektif esaslı unsuruna ilişkin olsa da içerik değiştirici kısmi hükümsüzlük halinde geçersiz kılınan hüküm yerine (burada aldatılanın iradesi esas alınarak) bir başka hüküm geçirildiğinden, bu durum, sözleşmenin zorunlu olarak tümüyle hükümsüz sayılması sonucunu doğurmayacaktır (Bu konuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 608).
- [85] Ayrıca bkz. Nomer, “İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal,” 529. Aldatılanın varsayımsal iradesinin sübjektif bir değerlendirmeyle tespit edilememesi halinde, objektif değerlendirme esas alınarak bir sonuca ulaşılabilir (Varsayımsal iradelerin hangi yöntemle tespit edilebileceğine ilişkin görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 598 vd.). Bu halde, söz konusu bilgisayarın normal koşullar altında (aldatma olmasaydı) hangi bedelle satın alınabileceği belirlenir ve sözleşmedeki boşluk bu bedel esas alınarak doldurulur. Söz gelimi, yukarıdaki bilgisayar örneğinde

yımsal iradelerinin değil, aldatılanın iradesinin esas alınması işin niteliği gereğidir.^[86] Bunun gibi, aldatanın TBK m. 27/2, c. 2'ye dayanması, yani aldatmaya konu olan ve kısmen iptal edilen sözleşme hükümleri olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacağını ileri sürmesi de mümkün olmamalıdır.^[87] Zira belirttiğimiz üzere TBK m. 27/2 hükmü burada ancak kıyasen uygulama alanı bulabilir. Bu anlamda, söz konusu hüküm yönünden aldatanın farazi iradesinin sübjektif değil, objektif bakımdan değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.^[88]

Sözleşmenin fer'i aldatma nedeniyle kısmen iptal edilmesinin ve doğan boşluğun, yukarıda belirtildiği gibi aldatılanın iradesi doğrultusunda doldurulmasının çalışma konumuz bakımından önemi, aldatılanın bu olasılıkta ayrıca TBK m. 39/2 hükmüne dayanarak tazminat talep etmesinin mümkün olup olmaması yönünden ortaya çıkar. Bu halde aldatılanın, söz konusu hüküm kapsamında tazmini istenebilecek olan olumsuz zarar kalemlerinden, elverişsiz bir sözleşme yapmış olmaktan doğan zararının giderilmesini isteyememesi gerekir. Çünkü bu halde, kısmi iptal sonucu doğan sözleşme boşluğu zaten aldatılanın iradesine uygun olarak doldurulmaktadır. Başka

aldatılanın, aldatma olmasaydı da söz konusu bilgisayar 6.000 TL'ye alma konusunda kararlı olduğu tespit edilemiyorsa, bu bilgisayarın normal koşullar altında 5.000 TL olması halinde, boşluk 5.000 TL esas alınarak doldurulur (Ayrıca bkz. Nomer, "İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal," 531).

[86] Kısmi hükümsüzlük türlerinden olan içerik değiştirici kısmi hükümsüzlük halinde, geçersiz kılınan kısım nedeniyle sözleşmede doğan boşluğun doldurulmasında tarafların ortak varsayımsal iradeleri esas alınır (bkz. Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 603). Ancak TBK m. 27/2'nin kıyasen uygulama alanı bulabileceği kısmi iptal halinde doğan boşluk, işin niteliği gereği aldatılanın iradesi esas alınarak doldurulur.

[87] Nomer, "İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal," 529-530 ve dn. 24. Aynı yönde bkz. Schwenzer, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Art. 28, N. 18.

[88] Nomer, "İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal," 529-530 ve dn. 24. Yazara göre, üçüncü kişinin aldatması halinde karşı taraf aldatmayı bilmiyor, ancak bilebilecek durumda ise, aldatılanın sözleşmeyi kısmen iptal edebileceği; ancak bu halde karşı sözleşmenin, -TBK m. 27/2, c. 2 hükmüne kıyasen- aldatma olmasaydı sözleşmeyi aldatılanın kabul ettiği haliyle yapmayacağını ileri sürmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Böylece bu halde aldatan, sözleşmenin kısmen iptal edilmesine engel olabilecektir (Nomer, "İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal," 530).

bir ifadeyle, aldatılanın elverişsiz sözleşme yapmış olmaktan doğan zararı, bu olasılıkta sözleşmenin kısmi iptali ve doğan boşluğun aldatılanın iradesine uygun olarak doldurulması suretiyle zaten giderilmiş olmaktadır. Tazminatın, zarar göreni (aldatılanı), irade sakatlığı söz konusu olmasaydı içinde bulunacağı duruma getirme amacı bu bakımdan sağlanmış olmaktadır. Kanaatimizce bu durumda istenebilecek olan olumsuz zarar kalemi, olsa olsa aldatma nedeniyle yapılan fazladan masraflara^[89] ilişkin olabilir. Aldatılan bu kapsamda, aldatma dolayısıyla yapmış olduğu boşa çıkan masraflarının tazminini isteyebilmelidir.

IV. TAZMİNAT TALEBİNİN TÂBİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI SÜRESİ

TBK m. 39/2 hükmüne dayanan tazminat talebinin tâbî olduğu zamanaşımı süresi kanunda özel olarak düzenlenmemiştir. Bu halde esas alınacak zamanaşımı süresinin belirlenmesinde, sorumluluğun dayanağı konusunda benimsenen görüş etkili olacaktır.^[90] Bu anlamda, sözleşmenin karşı tarafının aldatmasında tazminat talebinin haksız fiil hükümlerine dayandığı kabul edilir ya da talebin *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayandığı kabul edilmekle birlikte bu sorumluluk haksız fiil hükümleriyle temellendirilir ise, tazminat talebi TBK m. 72 gereği iki yıllık kısa zamanaşımı süresine tâbî olur. Bu sürenin, sözleşmenin iptal edilebilmesi için öngörülmüş olan bir yıllık hak düşürücü süreyle yakınlığı göz önünde bulundurulduğunda, zamanaşımı süresinin bu şekilde kısa bir süreyle sınırlandırılması, özellikle sözleşmeyi onayan veya onamış sayılan aldatılanın tazminat talebi bakımından haksız bir durum yaratır. Bu sonucun, sözleşmenin onanmasının tazminat hakkını ortadan kaldırmayacağını öngören TBK m. 39/2 hükmünün öngörülme amacıyla bağdaştırıldığı söylenemez.^[91]

[89] Söz konusu olumsuz zarar kalemi için bkz. yukarıda, III, B, 1.

[90] Kurşat, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*, m. 39, 591, N. 36.

[91] Schmidlin, *Berner Kommentar–Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR*, Art. 31, N. 153 vd. Bu durum, haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı süresinin bir yıl olarak öngörüldüğü önceki Borçlar Kanunu döneminde daha büyük bir sakınca oluşturuyordu. Bu halde iptal hakkı için öngörülen süre ile haksız fiile dayanan tazminat taleplerinin tâbî olduğu zamanaşımı süresinin çakışması, TBK m. 39/2 hükmünü pratikte anlamsız kılmaktaydı (İsviçre hukuku bakımından bu yönde bkz. Schmidlin, *Berner Kommentar–Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR*, Art. 31, N. 154. Ayrıca bkz. Yıldırım, *Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, 267-268).

İşlemsel temasa girmiş olan kişiler arasında doğan özel bağlantı karşısında haksız fiil sorumluluğunun cılız koruma kalkanının yetersiz olduğuna ilişkin görüşümüzün bir haklı gerekçesi de burada, tazminat talebine uygulanacak zamanaşımı süresi bakımından görülür. Bu bakımdan özellikle, irade sakatlığının söz konusu olduğu bir sözleşmeden doğan tazminat talebinin tâbi olacağı süre ile böyle bir sözleşmenin iptal edilebilmesi için öngörülen sürenin yerine getireceği işlevin birbirinden farklı olduğuna dikkat çekilmelidir. Gerçekten, iptal hakkına ilişkin hak düşürücü sürenin (TBK m. 39/1) kısa olmasının gerekçesi olan, askıdaki sözleşme ilişkisinin bir an önce sona erdirilmesine olan ihtiyacın aksine, tazminat talebinin ileri sürülmesi daha uzun bir zamanı gerektirir. Zira bu halde zarara yol açan sözleşme ilişkisinin sonuçlarının ortaya çıkarılması ve tazminatın hesabı çoğu zaman detaylı bir analizi gerektirir.^[92] Burada haksız fiile ilişkin zamanaşımı süresinin esas alınması, özellikle önceden öngörülemeyen bazı zararların sonradan ortaya çıkması veya aldatmanın etkisinin uzun bir süre sonra öğrenilmiş olması hallerinde de aldatılanı tazminat talebinden yoksun bırakmak istemeyen kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz. Sözleşme görüşmelerine başlayarak yakın temasa geçen ve karşı tarafı her türlü zarardan uzak tutacak davranışı göstermek zorunda olan taraflardan daha çok korunmayı hak eden taraf, söz konusu davranış yükümlülüğünü ihlal eden aldatan değil, aldatılan taraftır. Bu nedenle TBK m. 39/2’de öngörülen tazminat talebinin, sözleşmesel sorumluluk kurallarının kıyasen uygulama alanı bulduğu *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayandığının ve dolayısıyla uygulanacak olan zamanaşımı süresinin TBK m. 146 gereği on yıl olduğunun kabulü hükmün amacına daha uygun düşer.^[93]

[92] Bu konuda bkz. Schmidlin, *Berner Kommentar—Mängel des Vertragsabschlusses*, Art. 23-31 OR, Art. 31, N. 156.

[93] TBK m. 146’da (BK m. 125) öngörülen on yıllık zamanaşımı süresinin dayanağının, işlemsel temas nedeniyle kurulan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi olduğuna ilişkin olarak bkz. Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 147, dn. 253. TBK m. 39/2 hükmü bakımından sorumlulukların yarıştığını kabul eden doktrindeki baskın görüşe göre TBK m. 146 hükmünün uygulanabilmesi, talebin *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayandırılması halinde mümkün olabilecektir (Bu sonuç için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 401; Tiftik, “Borç Sözleşmeleri,” 407-408). Buna karşılık, TBK m. 39/2 hükmüne dayanan tazminat talebinin TBK m. 146 (OR Art. 127) hükmüne tâbi olduğunu kabul eden bir görüşün bu sonucu benimsemesi, buradaki sorumluluğu doğrudan sözleşmesel sorumluluğa dayandırmasından ileri gelmektedir.

Tazminat talebi bakımından uygulama alanı bulacağını kabul ettiğimiz TBK m. 146 hükmünde öngörülen on yıllık zamanaşımı süresi, sözleşme görüşmeleri sırasındaki davranış yükümüne aykırı davranıldığı andan itibaren işlemeye başlar. Yanılma halinde talep edilebilecek tazminattan farklı olarak TBK m. 39/2'de öngörülen tazminat yükümlülüğü irade sakatlığının ileri sürülmesine bağlı olmadığından, bu kapsamda istenecek tazminatın tâbi olduğu zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için zarar verici davranış olan aldatma fiilinin gerçekleşmesi yeterlidir.^[94]

Buna göre aldatma fiili her ne kadar sözleşme öncesi aşamada gerçekleşse de ilk ve esas olarak sözleşmenin yapılması anında etkili olur. Başka bir ifadeyle sözleşme öncesine değil, bizzat sözleşmeye etkilidir. Bu halde sözleşme öncesi davranış (in contrahendo) aşamasında kalınmaz. Kuruluşunda bir bozukluk bulunmakla birlikte yürürlükte olan bir sözleşme bulunmaktadır (Schmidlin, *Berner Kommentar-Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR*, N. 143). Yine aynı yönde olmak üzere, sözleşmenin onanması halinde artık geçerli bir sözleşmeden söz edileceğinden, TBK m. 39/2 hükmüne dayanan tazminat talebi bakımından TBK m. 146 (BK m. 125) hükmünün uygulama alanı bulacağına ilişkin olarak bkz. Yıldırım, *Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, 270; Tiftik, "Borç Sözleşmeleri," 411. Bu görüşün eleştirisi için ayrıca bkz. Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 147, dn. 253.

[94] Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 146-147. Buna karşılık, on yıllık zamanaşımı süresinin, iptal hakkı bakımından öngörülen sürede olduğu gibi-aldatmanın öğrenildiği andan itibaren başlayacağına ilişkin olarak bkz. Schmidlin, *Berner Kommentar-Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR*, Art. 31, N. 143.

SONUÇ

Sözleşme öncesi davranış yükümüne aykırı davranılmasının bir yaptırımı olarak karşımıza çıkan TBK m. 39/2 hükmü, onandığı veya onanmış sayıldığı için geçerli olan bir sözleşmenin varlığına rağmen, aldatılanın bu nedenle uğramış olduğu zararların tazminini isteme hakkını saklı tutmaktadır. Bu tazminat talebinin dayanağı yetersiz haksız fiil hükümleri olmayıp, sözleşme öncesi davranış yükümünün ihlali nedeniyle *culpa in contrahendo* sorumluluğudur. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukukumuzdaki görünüm biçimlerinden biri olarak kabul ettiğimiz bu hüküm, sözleşmenin onanması, yani geçerli olarak ayakta olması halinde dahi aldatılanın olumsuz zararının giderilmesine bir dayanak oluşturması itibarıyla, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun *culpa in solvendo* sorumluluğu karşısında ikincilliği ilkesinin bir istisnasıdır. Bunun gibi, geçerli bir sözleşmenin varlığına rağmen, aldatma nedeniyle uğranılan ve sözleşmenin onanmasıyla giderilemeyen olumsuz zararın tazminine imkân vermesi, bu hükme olumlu-olumsuz zarar ayırımı bakımından da istisnai bir nitelik kazandırmaktadır. Böylece hukukumuzda istisnai bir düzenleme niteliğine sahip olan TBK m. 39/2 hükmü sınırlı bir uygulama alanına sahip olmalıdır. Bu anlamda hüküm, sözleşmenin iptal edilmesinin ayakta tutulmasına nazaran çok daha ağır sonuçlara yol açabilecek olması nedeniyle sözleşmeyi iptal etmesinin aldatılıandan beklenemediği hallerde olduğu gibi, özel bazı durumlara özgülenmiş bir düzenleme olarak hukukumuzdaki varlığını devam ettirmelidir.

KAYNAKÇA

- Akyol, Şener. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.
- Baygın, Cem. “Culpa in contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması.” *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1-2 (2000): 345-377.
- Bucher, Eugen. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*. 2. Aufl. Zürich: Schulthess Verlag, 1988.
- Buz, Vedat. “Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi.” içinde *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan I*, Editör Baki İlkay Engin, 611-662. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Buz, Vedat. “İrade Sakatlığı ile Malûl Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu.” içinde *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Editör Mehmet Ünal, 295-317. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.
- Buz, Vedat. “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler.” *BATİDER* 29, no. 2 (2013): 19-57.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 18. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Ergüne, Mehmet Serkan. *Olumsuz Zarar*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008.
- Ergüne, Mehmet Serkan. “Culpa in contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini.” içinde *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan I*, Editör Baki İlkay Engin, 909-926. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Esener, Turhan ve Fatih Gündoğdu. *Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1-48)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Fargnoli, Iole. “Culpa in contrahendo im “Dornröschenschlaf”? – Zur vorvertraglichen Haftung beim zustande gekommenen Vertrag.” *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*, no. 107 (2011): 173-180.

- Gauch, Peter, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid ve Susan Emmenegger. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne ausserververtragliches Haftpflichtrecht)*, Band I. 9. Aufl. Zürich: Schulthess Verlag, 2008.
- Guhl, Theo, Alfred Koller, Anton K. Schnyder ve Jean Nicolas Druey. *Das Schweizerische Obligationenrecht*. 9. Aufl. Zürich: Schulthess Verlag, 2000.
- Huguenin, Claire. *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*. 3. Aufl. Zürich: Schulthess Verlag, 2019.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 22. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm I, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme*. 5. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010.
- Koller, Alfred. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. 4. Aufl. Bern: Stämpfli Verlag, 2017.
- Koller, Alfred. “Grundzüge der Haftung für reinen Vermögensschaden.” *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, no. 11 (2020): 1381-1395.
- Kurşat, Zekeriya. *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 2003.
- Kurşat, Zekeriya. *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu I (Madde 1-82)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Mauchle, Yves. “Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht–zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung.” *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, no. 7 (2012): 933-952.
- Nomer, Halûk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 17. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2020.
- Nomer, Haluk Nami. “İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal Mümkün Müdür?.” *Prof. Dr. M. İlhan Uluşan’a Armağan III, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2 (Özel Sayı, 2016): 523-533.

- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*. 16. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Öz, Turgut. “Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği.” *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler*, 17-25. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Sarıgöllü, Ersin. “İrade Sakatlıklarının Sonuçları.” *Adalet Dergisi*, no. 1 (Ocak-Şubat, 1987): 23-38.
- Schmidlin, Bruno. *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen—Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR*. 2. Aufl. Bern: Stämpfli Verlag, 2013.
- Schwenzer, Ingeborg. *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*. 6. Aufl. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015.
- Schwenzer, Ingeborg. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*. 7. Aufl. Bern: Stämpfli Verlag, 2016.
- Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm III, İfa-İfa-Engelleri-Haksız Zenginleşme*. 7. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Serozan, Rona. “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Artan Kavramlar: “Sözleşmenin Müspet İhlali” ve “Culpa in contrahendo.” *MHAD 15*, no. 18 (1990): 27-42.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, Sermet Akman, Hâluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 7. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 2. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Tiftik, Mustafa. “Borç Sözleşmelerinin İrade Sakatlığı Sebebiyle İptalinde Uğranılan Zararların Tazmini.” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10*, no. 3-4 (2006): 397-417.
- von Tuhr, Andreas ve Hans Peter. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, B. I*. 3. Aufl. Zürich: Schulthess Verlag, 1984.

Aldatmanın Etkisiyle Yapılan Sözleşmenin Onanması Halinde
Talep Edilebilecek Tazminat

- Yavuz, Elif. “Türk ve İngiliz Hukukunda “Hile” Kavramına Bakış.” Yüksek lisans tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2007.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl. *Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*. Ankara: Nobel Yayınları, 2002.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl. “Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK m. 28) Hükümü Arasındaki İlişki.” içinde *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Editör Mehmet Ünal, 965-985. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.

Anayasa Mahkemesi'nin 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367. Maddesinin Son Fıkrasının İptali Yönündeki Kararının Vergi Uyuşmazlığından Doğan İdari Davalara Etkileri

Yunus Emre YILMAZOĞLU*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr., Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu Kıdemli Tetkik Hâkimi.
(yemrey82@gmail.com) ORCID ID: [0000-0003-4485-7439](https://orcid.org/0000-0003-4485-7439)

Makale geliş tarihi: 18 Mayıs 2022 **Makale kabul tarihi:** 11 Ağustos 2022

Atıf önerisi: Yılmazoğlu, Yunus Emre. “Anayasa Mahkemesi’nin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 367. Maddesinin Son Fıkrasının İptali Yönündeki Kararının Vergi Uyuşmazlığından Doğan İdari Davalara Etkileri.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 3 (Temmuz 2022): 255-328.

DOI: [10.30915/abd.1118142](https://doi.org/10.30915/abd.1118142)

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 213 SAYILI VERGİ USUL KANUNU'NUN 367. MADDESİNİN SON FIKRASININ İPTALİ YÖNÜNDEKİ KARARININ VERGİ UYUŞMAZLIĞINDAN DOĞAN İDARİ DAVALARA ETKİLERİ

ÖZ

Anayasa Mahkemesi 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesinin son fıkrasında yer alan ve ceza yargılaması süreci ile idari cezalandırma sürecinde alınan kararların birbirini bağlamayacağını öngören kuralı Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu iki sürecin maddi yönden ve zamansal açıdan yeterince yakın bir bağlantı içinde yürütülmesini öngören ne bis in idem ilkesi ise gerek Anayasa ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesi kapsamında Türk hukukunda açısından yürürlükte değildir. Bu çalışma, anılan iptal kararı ve ne bis in idem ilkesine ilişkin yürürlükte olan düzenlemeler ışığında ceza soruşturma ve kovuşturma sürecinin suç isnadının esasını ilgilendiren (özerk bir yorumla bir beraat ya mahkûmiyet tesis eden) bir kararla kesinleşmesinin idari yargıda derdest olan vergi uyuşmazlığından doğan davalara etkisini incelemeye yönelmektedir.

Anahtar kelimeler:

ne bis in idem ilkesi

vergi kabahati

vergi ziyai

vergi kaçakçılığı suçu

vergi uyuşmazlığından doğan idari dava

EFFECTS OF THE CONSTITUTIONAL COURT’S JUDGMENT TO REVOKE THE LAST PARAGRAPH OF ARTICLE 367 OF THE TAX PROCEDURE LAW NO. 213 ON ADMINISTRATIVE ACTIONS ARISING FROM TAX DISPUTE

ABSTRACT

The Constitutional Court revoked the last paragraph of Article 367 of Tax Procedure Law No. 213, which stipulates that the decisions which were taken during the criminal proceedings and the tax misdemeanour proceedings do not bind each other, ruling it constitutes a violation of the Constitution. The ne bis in idem principle, which stipulates that these two proceedings should be conducted in a sufficiently close manner both in substance and in time, is applicable in Turkish law within the scope of both the Constitution and Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights. In the light of the aforementioned annulment judgment and the applicable rules regarding the principle of ne bis in idem, this study aims to examine the effect of the conclusion of the criminal investigations and prosecutions with a decision concerning the basis of the criminal charge (which constitutes an “acquittal” or a “conviction” with an autonomous interpretation), on the cases arising from tax disputes pending in the administrative jurisdiction.

Keywords:

the principle of ne bis in idem

tax misdemeanour

tax loss

tax fraud crime

the administrative case arising from tax disputes

GİRİŞ

Vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin ceza soruşturma ve kovuşturması süreci ile vergi kabahatine ilişkin süreç arasında içtima, tekerrür ve cezalandırma gibi yönlerden ilişki bulunabilmektedir.^[1] Bu hususlara ilişkin düzenlemelere 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 340. maddesi, 359. maddesinin son fıkrası ile 367. maddesinde yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 9/3/2022 tarihli ve 31773 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4/11/2021 tarihli ve E.2019/4, K.2021/78 sayılı kararıyla 213 sayılı Kanun'da yer alan ve somut norm denetimine konu bu hükümlerden bir kısmına yöneltilen Anayasa'ya aykırılık itirazını reddetmiş; Kanun'un 367. maddesinin beşinci fıkrasını (anılan maddeye 7318 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen dördüncü fıkra nedeniyle altıncı fıkrasının) ise Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna ulaşarak iptal etmiştir.

Bu çalışma, anılan iptal kararının idari yargıda derdest olan vergi uyuşmazlığından doğan davalara etkisini incelemeye yönelmektedir. Bu nedenle çalışmanın kapsamı, kararın tümünün analizinden ziyade iptal edilen kurala ve bu kuralın iptalinin anayasal gerekçesi *ne bis in idem ilkesine* (aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama hakkı) kararda yüklenen anlamla sınırlandırılmıştır.

Kararın muhakkak adli yargıda yürütülen ceza soruşturmaları ile kovuşturmalarına da etkisi olacaktır. Ayrıca anılan iptal kararı, içeriğinde yer verilen *ne bis in idem ilkesine* yönelik genel açıklamalar yönüyle idari yargıda derdest olan ve vergi uyuşmazlığından doğan davalar haricinde kalan disiplin hukuku gibi alanları da etkileyecek çok önemli tespit ve değerlendirmeler içermektedir. Ancak konunun bu boyutlarının uzmanlarınca değerlendirilmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağını düşünmemiz nedeniyle bu boyutlar çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

İptal kararının, *ne bis in idem ilkesi* yönünden içerdiği tespit ve değerlendirmeler ile vergi uyuşmazlığından doğan idari davalar yönünden Türk hukuk uygulamasında uzun yıllar önemli bir başvuru kaynağı olacağına inanıyoruz.

[1] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4.11.2021, § 25.

I. İPTAL KARARININ MAHİYETİ, İPTAL EDİLEN KURALIN KAPSAMI İLE *NE BIS IN IDEM* İLKESİNE AYKIRILIK KOŞULLARININ ÖRTÜŞMEMESİ

İptal edilmeden önce 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesinin son fıkrasında aşağıdaki düzenleme yer almaktaydı:

“Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz.”

İptal edilen kural daha önce de Anayasa Mahkemesi önüne Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi 2012 yılında verdiği ve kuralın itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından başvurunun *Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddinin* gerektiği sonucuna ulaştığı kararında^[2] şu tespitte bulunmuştur:

“İtiraz konusu kuralda yer alan, ‘bu kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı olan vergi cezalarını uygulayacak makam ve merciler’ ibaresiyle idari makam ve mercilerin kastedilmekte olduğu, vergi veya [i]dare mahkemesi [ya] da yargı yetkisini kullanan diğer bir mahkemenin kastedilmediği açıktır.”

Öncelikle 2012 yılında verilen bu kararın Anayasa'ya aykırılık iddiasının esası yönünden bir değerlendirme içeren bir karar değil, Anayasa Mahkemesi'ne başvuru usulüne aykırılığı tespit eden bir karar olduğunu belirtmek gerekir. Bu nedenle inceleme konumuzu oluşturan karara konu başvurunun Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrasında öngörülen^[3] *on yıl yasağı* kapsamında kalmadığını belirtmeliyiz.

İkinci olarak Anayasa Mahkemesi, 2012 tarihli kararda, iptal edilen kuralın sadece idari makam ve mercilere yönelik olduğunu dolayısıyla vergi mahkemesi veya yargı yetkisi kullanan diğer mahkemelerin bu kapsamda

[2] AYM, E. 2012/136, K. 2012/181, Kt. 22.11.2012.

[3] Kural şu şekildedir: “Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.”

değerlendirilemeyeceğini^[4] belirtmiştir. Mahkeme, inceleme konumuzu oluşturan iptal kararında bu içtihadını açıkça değiştirmiş midir veya kuralı *ne bis in idem ilkesi* bağlamında tekrar ele alan Mahkemenin anılan ilkenin mahiyeti gereği bu içtihat değişikliğini açıkça belirtmeye gerek görmediği sonucuna ulaşılabilir mi?

Öncelikle kararda içtihadın değiştirildiği yönünde bir açık belirlemenin bulunmadığı söylenmelidir. Ancak 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin son fıkrasında yer alan kuralın iptalinin vergi mahkemesince istendiği açıktır. Anayasa Mahkemesi, 2012 yılındaki içtihadını sürdürseydi ve kuralın “*vergi veya [i]dare mahkemesi [ya] da yargı yetkisini kullanan diğer bir mahkeme*”ye yönelik olmadığını düşünseydi somut norm denetimi başvurusunu yine aynı gerekçeyle usulden reddetmesi gerekirdi. Mahkemenin bu yönde karar vermemesinin bu içtihadından döndüğünü gösterdiği düşünülmektedir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi iptal kararında daha önce verdiği kararına yollamada bulunmadan kuralın anlam ve kapsamını ceza mahkemesinin kararları ile vergi idaresinin işlemleri arasındaki karşılıklı bağlamazlık boyutuyla belirlemiştir.^[5] Ancak kararda bu içtihadını açıkça değiştirdiğini belirtmeden kuralın gerekçesine yaptığı atıfla

“...ayrıca maddi gerçeği araştıran ceza mahkemesinin bu bağlamdaki hükmünün sadece vergi mevzuatı uygulayıcıları tarafından değil vergi mahkemeleri tarafından da göz önünde bulundurulması gerektiği...”^[6]

tespitinde bulunmuştur. Diğer yandan kararda vergi kabahatlerine ilişkin yargılamanın vergi mahkemesince yürütüldüğüne vurgu yapılmış^[7] ve *ne bis in idem ilkesi* anlamında idari yaptırım gerektiren sürecin “ceza”

[4] Aynı yönde Mustafa Akkaya, “Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 49, no. 1 (Mayıs, 2000): 90.

[5] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4.11.2021, § 68.

[6] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4.11.2021, § 70.

[7] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4.11.2021, § 49.

niteliğinde olduğu belirtilmiştir.^[8] Nihayet iptal istemine konu kuralla “*vergi idaresince yürütülen vergi cezalarının tespiti ve uygulanması süreci ile ceza mahkemesince yürütülen yargılama/cezalandırma süreci arasındaki karşılıklı bağlamazlığa ilişkin düzenleme yapıldığı*” sonucuna ulaşılmıştır.^[9]

Gerekçeye yapılan bu yollama ve kararda yer verilen söz konusu belirlemeler, ilkenin “*haklarındaki yargılama kesin hükümle sona eren kişilerin aynı fiil nedeniyle tekrar yargılanma tehdidi altında kalmasının önlenmesi*” ne^[10] yönelik amacı ile birlikte ele alındığında Anayasa Mahkemesinin, kuralı, 2012 yılında verdiği kararından daha farklı bir biçimde ele aldığını ortaya koymaktadır.

Kuralın vergi mahkemelerini de kapsayan bir boyutunun bulunduğuna yönelik bu yeni yaklaşımda dikkate alınması gereken bir başka unsur da vergi kabahatine uygulanan idari yaptırım içeren idari işlemin kesin, tek taraflı, yürütülmesi gereken ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanan mahiyetidir. Bu bağlamda kişilerin başta mülkiyet hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi için ceza kesilmesine yönelik işleme karşı dava açılmakla yürütmenin durduğu da gözetilmelidir.^[11]

Öte yandan ceza yargılaması sürecinde suçun sübut bulup bulmadığı araştırılmakta ve sübut bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde kanunda öngörülen eyleme uygun cezaya hükmedilmektedir. Vergi kabahati yönünden ise idare, yaptığı araştırma ve inceleme sonucunda vergi ziyayı cezası ya da usulsüzlük cezası kesilmesini gerektiren bir fiilin işlendiğini tespit ettiği takdirde kanunda öngörülen koşullar altında ilgili cezayı kesmektedir. Aşağıda ayrıntısıyla inceleneceği üzere *ne bis in idem* ilkesine aykırılık şartları açısından vergi kaçakçılığı suçu nedeniyle yürütülen ceza yargılaması sonucunda verilen hüküm ve vergi kabahatine uygulanan idari yaptırım kadar

[8] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4.11.2021, §§ 28, 55, 56.

[9] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4.11.2021, § 53.

[10] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4.11.2021, § 53.

[11] 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinin (4) numaralı fıkrası aşağıdaki düzenlemeyi içermektedir:

“Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve *cezalarının* dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur.”

bunların *kesinleşmesi* de önem arz etmektedir. Vergi kabahatine uygulanan yaptırım, idari dava açılmamakla ya da dava açılmakla birlikte cezanın hukuka uygun olduğu yönünde bir yargı kararı verildiği takdirde bu karara karşı başvurulabilecek bir kanun yolunun kalmaması durumunda kesinleşir. Bir başka anlatımla *ne bis in idem ilkesine* aykırılık koşulları açısından önem taşıyan *kesinleşmenin* idari yaptırım açısından gerçekleşmesinde vergi uyuşmazlığından doğan idari dava sürecini de kapsayan bir yön bulunmaktadır.

Sonuç olarak kuralın gerekçesi, kararda yer alan belirlemeler ve *ne bis in idem ilkesinin* amacı Anayasa Mahkemesinin, iptal edilen kuralı, 2012 yılında verdiği kararından daha geniş bir yaklaşımla ele aldığını ortaya koymakta, idari yaptırım içeren işlemin mahiyeti ve kesinleşme sürecine ilişkin bu tespitler de bu yeni yaklaşımı teyit etmektedir.

II. NE BIS IN IDEM İLKESİ

Ne bis in idem ilkesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'ye ek 7 No.lu Protokol'ün "Aynı Suçtan İki Kez Yargılanmama ve Cezalandırılmama Hakkı" 4. maddesinde güvenceye bağlanmıştır. 22/11/1984 tarihinde imzaya açılan Protokol, 1/11/1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Protokol'ü 14/3/1985 tarihinde imzalamıştır. 10/3/2016 tarihli ve 6684 sayılı Protokol'ün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 25/3/2016 tarihli ve 29664 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. 7 No.lu Protokol'ün onaylanmasını kararlaştıran 28/3/2016 tarih ve 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Protokol'ün resmî Türkçe çevirisi^[12], 8/4/2016 tarihli ve 29678 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 2/5/2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne

[12] Kural şu şekildedir: "Aynı Suçtan İki Kez Yargılanmama ve Cezalandırılmama Hakkı

1. Hiç kimse, bir devletin hukukuna ve ceza muhakemesi usulüne uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı, aynı devletin yargı yetkisi içindeki ceza yargılamaları kapsamında yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz.
2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, davanın sonucunu etkileyebilecek yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılmış delillerin mevcut olması veya önceki muhakemelerde temel bir eksikliğin bulunması halinde, ilgili devletin hukukuna ve ceza muhakemesi usulüne uygun olarak davanın yeniden açılmasına engel değildir.
3. Bu maddeye, Sözleşme'nin 15. maddesine dayanmak suretiyle herhangi bir istisna getirilemez."

tevdî edilmiş ve Protokol, Türkiye bakımından 1/8/2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.^[13]

Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.*” Dolayısıyla ne bis in idem ilkesini düzenleyen ek Protokol'ün kanun hükmünde olduğu izahatın varestedir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, daha önce verdiği kararlarında^[14] ilkenin mahiyetiyle ilgili yaptığı farklı yöndeki değerlendirmeleri *Ünal Gökpınar* kararında birleştirmiştir. Mahkeme, *ne bis in idem* ilkesinin, yani “aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı”nın, Anayasada açıkça düzenlenmemekle birlikte hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesine ilişkin içtihatları ve destek ölçü norm olarak belirlediği bazı uluslararası hukuk metinlerine yaptığı yollamayla “*Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı çerçevesinde anayasal güvence altında olduğu*” sonucuna ulaşmıştır.^[15]

Anayasa Mahkemesinin iptal kararında *ne bis in idem* ilkesinin (aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama hakkı) teminat altına aldığı hukuki menfaat ve amacına yönelik şu belirlemeler yer almaktadır:

“...Kişilerin haklarında yürütülen ve kesinleşen bir ceza yargılaması sürecinin ardından tekrar yargılanmamalarını veya cezalandırılmamalarını güvence altına alan aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi ile adil yargılanma hakkı kapsamındaki cezai süreçler yönünden hukuki güvenliğin sağlanması amaçlanmaktadır...”^[16]

[13] <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/57-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-7-numaral-protokol/> (Son erişim tarihi: 12/3/2022).

[14] Daha önceki içtihatlar için AYM, *Ünal Gökpınar* [GK], B. No: 2018/9115, 27/3/2019, § 41 ve Yunus Emre Yılmazoğlu, *İdari Yargıda Hak Eksenli Dönüşüm– Vergi Uyuşmazlığından Doğan İdari Davalarda Mülkiyet Hakkının Korunması*, (İstanbul: On İki Levha, 2021), 50-51.

[15] AYM, *Ünal Gökpınar* [GK], B. No: 2018/9115, 27/3/2019, § 50; AYM, E.2019/4, K. 2021/78, 4.11.2021, § 26.

[16] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4.11.2021, §§ 26, 53; Öte yandan *A ve B/Norveç* ([BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, § 123) kararında şu belirlemeye

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin uluslararası belgeleri de dikkate alarak ilkeyi şu şekilde tanımlamıştır:

“Hiç kimse, ceza yargılamasında kesin/kesinleşmiş bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir fiilden dolayı ceza yargılaması kapsamında yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz...”^[17]

Ne bis in idem ilkesi anayasal anlamda *adil yargılanma hakkı* kapsamında teminat altına alınmıştır. Adil yargılanma hakkı ise kural olarak^[18] *usule ilişkin güvenceler* öngörmektedir.^[19] Bu nedenle *ne bis in idem* ilkesinin aynı failin sadece aynı fiili/farklı fakat bağlantılı fiili nedeniyle *yargılanmamasına* ilişkin *usuli bir güvence* içerdiği düşünülebilir.

Fakat Anayasa Mahkemesi, *ilkenin*, bir kişinin “*aynı fiilden dolayı iki kere ceza verilmemesini değil kişinin aynı fiilden dolayı tekrar (yeniden) yargılanmamasını ve bu yargılamaya bağlı olarak cezalandırılmamasını*” koruduğunu önemle belirtmiştir.^[20] Korumaya yöneldiği bu menfaat ışığında

yer verilmiştir: “7 No.lu Protokol’ün 4. maddesinin amacı, bir kişinin suç sayılan aynı davranıştan dolayı iki kez yargılanması veya cezalandırılması yönündeki adaletsizliği önlemektir. Bununla birlikte, söz konusu toplumsal kabahate “bütünleşik” bir yaklaşım benimseyen hukuk sistemlerini ve özellikle haksız davranışa farklı makamlar tarafından ve farklı amaçlar doğrultusunda paralel aşamalarla yasal yanıt verilmesini içeren bir yaklaşımı yasaklamaz.”

[17] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4.11.2021, § 27.

[18] Açık ve bariz takdir hatasına dayanan bir yargılama, yargılamanın hakkaniyetinin zedeleyerek adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturacaktır. Uyuşmazlığın esasına ilişkin bu istisnai durum haricinde adil yargılanma hakkı yargılama sürecinin yürütülmesine ilişkin usuli (prosedürel) güvenceler (mahkemeye erişim hakkı, gerekçeli karar hakkı, silahların eşitliği ilkesi, makul sürede yargılanma hakkı gibi) içermektedir. Anayasa Mahkemesi de adil yargılanma hakkının maddi değil şekli adaleti tesis etmeye yöneldiğini incelediğimiz kararında vurgulamıştır.

[19] Aynı yönde: Özgür Biyan, “Aynı Fiil Nedeniyle Vergi Ziyat Cezası ve Hapis Cezasının Birlikte Uygulanması: Non Bis in Idem İlkesi,” *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, no. 145 (Ocak, 2016): 101.

[20] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 04.11.2021, § 30; Aynı yönde: Billur Yaltı, “İHAM’ın Glantz Kararının Ardından: Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulanmasının Non Bis İn İdem İlkesine Aykırılığı Üzerine,” *Vergi Sorunları Dergisi* 317 (Şubat, 2015): 86; Tuğçe Karaçoban Güneş, “Vergi Yaptırım Hukukunda Non

ilkenin cezalandırılmama boyutunun ilk sürecin kesinleşmesinden sonra yürütülen ikinci süreç yönünden *uyuşmazlığın esasına ilişkin bir güvence* içerdiği de vurgulanmalıdır.

İlkenin bu boyutu özellikle aşağıda incelenecek *ilkeye* aykırılığın istisnalarından biri olan iki farklı sürecin bağlantılı yürütülme koşullarına aykırılık^[21] halinde ikinci kez yargılanma ve cezalandırmanın hukuka aykırı olması sonucunu doğuracak ve bu yönüyle *uyuşmazlığın esasına* ilişkin bir soruna vücut verecektir. Bir başka ifadeyle *ne bis in idem ilkesinin* uyuşmazlığın esası yönünden de sonuçları olabilen bir usul güvencesi olduğu söylenebilir.

A. CEZA SORUŞTURMASI/KOVUŞTURMASI SONUCUNDA VERİLEN KARARLAR İLE VERGİ UYUŞMAZLIĞINDAN DOĞAN İDARİ DAVALARDA VERİLEN KARARLARININ BİRBİRİNİ UYUŞMAZLIĞIN ESASI YÖNÜNDEN BAĞLAYICILIĞI

Ceza yargılaması ile vergi uyuşmazlığından doğan idari yargılama arasındaki ilişkiler sadece *ne bis in idem ilkesinde* somutlaşan usule ilişkin güvenceyle sınırlı değildir. *Ne bis in idem ilkesinin* yargılama usulünün yürütülme biçimine yoğunlaşan mahiyetinden farklı olarak ceza soruşturması ve kovuşturması ile idari dava arasında uyuşmazlığın esası yönünden bir bağlantının bulunup bulunmadığı farklı bir sorun alanı oluşturmaktadır. Bu bağlamda

- Ceza soruşturmasının *kovuşturmaya yer olmadığına* kararıyla sonuçlanmasının
- Ceza kovuşturması neticesinde ise
 - *mahkûmiyet* kararı verilmesinin
 - *ya da yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması* veya *yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması* nedeniyle sanığın *beraatına* hükmedilmesinin

Bis İn İdem İlkesi,” *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2 (Temmuz Ağustos, 2016): 99.

[21] İkinci süreç yönünden tamamlayıcı amaç taşımama, öngörülebilir olmama, ilk süreçle etkileşim halinde yürütülmeme, ilk sürecin sonuçlandırılmasından sonra makul bir sürede sona erdirilmeme, ilk süreçte hükmedilen yaptırım ile birlikte ele alındığında ikinci yaptırımın aşırı külfet oluşturması

vergi uyuşmazlığından doğan idari davalar açısından *bağlayıcı olup olmadığı veya ne ölçüde bağlayıcı olduğu* esas olarak *ne bis in idem* ilkesinin sağladığı teminatlardan farklı bir biçimde ele alınmalıdır. Bu durum adli yargılama ve idari yaptırım uygulama ile idari dava süreçlerinin bağlantılı yürütülmesine ilişkin *usuli güvencelerden* farklılaşan, vergi kaçakçılığı suçunun unsurları (maddi unsur, manevi unsuru, hukuka aykırılık ve kusurluluk koşulu gibi) ile vergi kabahatinin unsurları bağlamında ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur.

Bu bağlamda

- Vergi kaçakçılığı suçunun “ancak kasten” işlenebilen bir suç olması, vergi ziyayı kabahatinin ise “taksir”le de işlenebilmesi,^[22]
- Vergi kaçakçılığı suçu bir “hareket (tehlike) suçu” olarak nitelendiğinden ve suç “filin hareket unsurunun gerçekleştirilmesiyle” tamamlandığından, bu suçun işlenebilmesi için “vergi ziyayı biçiminde bir neticenin (zararın) gerçekleşmesi”nin gerekli olmaması^[23] ancak vergi ziyayı kabahatinin açısından ise “verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi veya eksik tahakkuk ettirilmesi” neticesinin ortaya çıkmasının gerekmesi,
- Vergi kaçakçılığı suçunun ancak gerçek kişiler tarafından işlenebilmesi^[24], vergi ziyayı kabahatinin ise hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler tarafından işlenebilmesi,^[25]

[22] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 04.11.2021, §§ 15, 21; Turgut Candan, “Bir Anayasa Mahkemesi Kararı, Vergi Cezaları ve Non Bis İn İdem Kuralı,” Turgut Candan (blog), 25 Mayıs 2019, <https://turgutcandan.com/2019/05/25/bir-anayasa-mahkemesi-karari-vergi-cezaları-ve-non-bis-in-idem-kuralı/>. (son erişim tarihi: 16/4/2022).

[23] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 04.11.2021, § 16; Aynı yönde: Barış Bahçeci, “İHAM’ın Vergi Cezalarında Ne Bis İn İdem İçtihadı ile Türk Hukukunun Uyum Sorunu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 136 (Mayıs-Haziran, 2018): 152-53.

[24] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 04.11.2021, § 17.

[25] 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun “Tüzel kişilerin sorumluluğu” başlıklı 333. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında şu düzenlemeye yer verilmiştir:

“Tüzel kişilerin idare ve tasfiyesinde Vergi Kanununa aykırı hareketlerden tevellüt edecek vergi cezaları tüzel kişiler adına kesilir...

– Anılan suç ve kabahatin öngörülme amaçlarının aynı olmaması bu değerlendirme farklılığında gözetilmesi gereken birer unsurdur. Anayasa Mahkemesi de kararında bu hususa ayrıca dikkat çekmiştir:

“Usul güvencelerine ilişkin yeterli bağlantının sağlanmasından sonra bağlantılı olarak işlenebilen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine konu fiilleri farklı boyutlarıyla ele alan, kendi usul ve kurallarına göre nitelendirip değerlendiren farklı organ, makam ve mercilerin kararlarının *her hâl ve şartta birbirini bağlaması gerektiği ileri sürülemeyeceği gibi bunların hiçbir koşulda birbirini bağlamaması gerektiği şeklinde bir sonuca varılması da mümkün değildir...*”^[26]

Vergi kaçakçılığına ilişkin cezai soruşturma ve kovuşturmanın konusunu “tehlike suçu”nun işlenip işlenmediği; vergi kabahatine ilişkin idari cezalandırma sürecinin konusunu “vergi ziyayı cezası uygulanmasını gerektirecek bir zararın varlığının ve miktarının doğruluğunun tespiti”, bununla bağlantılı olarak idari davanın konusunu ise “vergi ziyasına neden olan zararın varlığı ve miktarı” hususundaki idari belirlemenin hukuka uygunluğu oluşturmaktadır.^[27]

Vergi kaçakçılığı suçundan mahkûmiyete hükmedilmesi tehlike suçunun işlendiğini ortaya koymakla birlikte bu durum tek başına idari cezalandırma/yargılama sürecinde vergi ziyayının varlığının ve miktarının da hukuken kabul edilebilir biçimde ortaya konulduğu anlamına gelmez.^[28] Bu nedenle salt ceza yargılamasının mahkûmiyetle sonuçlanması, vergi ziyayı cezasının hukuka uygun olduğu sonucuna varmayı gerekli kılmaz.^[29]

(Ek: 30/12/1980-2365/59 md.; Değişik: 22/7/1998-4369/81 md.) Bu Kanunun 359 uncu maddesinde yazılı fiillerin işlenmesi halinde bu fiiller için 359 ve 360 ıncı maddelerde öngörülen cezalar bu fiilleri işleyenler hakkında hükümlenir.”

[26] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, § 88, Kt. 04.11.2021 (vurgular yazara aittir).

[27] Bahçeci, “İHAM’ın Vergi Cezalarında,” 162; Ahmet Emrah Geçer, “Vergi Ceza Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 2 (Haziran: 2016): 335.

[28] Bahçeci, “İHAM’ın Vergi Cezalarında,” 162.

[29] Bahçeci, “İHAM’ın Vergi Cezalarında,” 162.

Bir başka ifadeyle tehlike suçunun gerçekleştiğinin ve cezalandırılması gerekliliğinin tespiti, aynı zamanda vergi ziyai cezası kesilmesini gerektirecek bir zararın mevcut olduğu ve zararın miktarının hukuka uygun biçimde tespit edildiği anlamına gelmez.^[30] Vergi kaçakçılığı suçu işlendiği halde vergi ziyai cezası kesilmesini gerektiren bir vergi kaybına yol açılmamış veya kaybın miktarı doğru bir biçimde tespit edilmemiş olabilir.^[31] Bu hususun ayrıca vergi uyuşmazlığından doğan idari davada değerlendirilmesi gerekmektedir.

Dolayısıyla bu durumda vergi kaçakçılığı suçuyla ilgili kovuşturma sürecinin sonucunun, vergi ziyai cezasının hukuka uygunluğunun denetlendiği idari davada uyuşmazlığın esası yönünden her durumda bağlayıcı olduğu söylenemez.

Aksinden hareketle vergi kaçakçılığı suçu nedeniyle yürütülen soruşturmanın *kovuşturmaya yer olmadığına*; kovuşturmanın ise *beraat* ya da *ceza verilmesine yer olmadığı* kararlarıyla sonuçlanması da idari dava açısından her durumda bağlayıcı bir sonuç doğurmaz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin (2) numaralı fıkrasının “b” bendi uyarınca *yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması* yolundaki suç isnadının esasının değerlendirilmesine ve maddi gerçeğin tespitine dayanan belirleme, hukuk güvenliğinin tesisi açısından idari davada da bağlayıcı bir sonuç doğurmalıdır.^[32] Ancak Kanun'un aynı maddesinin “e” bendi uyarınca *yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması* halinde idari davada davacının en azından taksirle vergi kabahati oluşturan bir fiilinin bulunup bulunmadığı ile vergi ziyainın varlığının ve miktarının hukuka uygun şekilde tespit edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesi

[30] Aynı yönde: Candan, “Bir Anayasa Mahkemesi.”

[31] Bahçeci, “İHAM'ın Vergi Cezalarında,” 162; “...vergi ziyai kabahatinin tekemmülü için, yalnızca eylemin varlığı yeterli değildir. Ayrıca; vergi ziyainın doğmuş olması da gereklidir.” Candan, “Bir Anayasa Mahkemesi.”

[32] Bahçeci, “İHAM'ın Vergi Cezalarında,” 162; Kurtuluş Beyribey, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Ceza Mahkemesi Kararlarının Vergi Yargısına Etkisi,” *Danıştay Dergisi*, no. 141 (2016): 58-59. Yazar, maddi gerçeği araştırmakla yükümlü ceza mahkemesinin “hükmüne dayanak aldığı maddi olguların vergi yargısı üzerinde bağlayıcı nitelik taşıdığı kabulü” hukuk üstünlüğü ilkesinin bir gereği olduğunu belirtmektedir. Beyribey, “Vergi Kaçakçılığı,” 64.

gerekir, bu halde beraat kararının varlığının bağlayıcı sonuç doğurmasından bahsedilemez.

İlk kesinleşen ceza soruşturması sonucunda bir *kovuşturmaya yer olmadığına* ya da ceza kovuşturması sonucunda bir beraat kararı verilmiş olabilir. Bu halde idari davada ceza kesme işleminin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde, mahiyetleri ve sağladıkları güvenceler dikkate alındığında, *ne bis in idem ilkesi* yanında uyumsuzluğun esası yönünden yapılacak değerlendirmede *masumiyet karinesinin* ikinci yönünün^[33] ve/veya *gerekçeli karar hakkının* korunmasını gerektiren bir sorun alanının varlığına işaret edilmelidir.

İdari davada verilen kararda, ceza yargılaması sonucunda verilen karardan olgusal olarak bahsetmenin önünde bir engel bulunmamaktadır.^[34]

[33] *Masumiyet karinesinin* sağladığı güvencenin ikinci yönü bir Anayasa Mahkemesi kararında şu şekilde açıklanmıştır: “Güvencenin ikinci yönü ise ceza yargılaması sonucunda mahkûmiyet dışında bir hüküm kurulduğunda devreye girer ve daha sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suçla ilgili olarak kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını, kamu makamlarının toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini uyandıracak işlem ve uygulamalardan kaçınmasını gerektirir.” AYM, *Galip Şahin*, B. No: 2015/6075, 11/6/2018, § 40. Aynı kararda masumiyet karinesine ilişkin AİHM uygulamasına da yer verilmiştir. AYM, *Galip Şahin*, B. No: 2015/6075, 11/6/2018, §§ 19, 20.

[34] Ayrıca bkz. AYM, *Abdülaziz Gökalp*, B. No: 2018/23214, 25/2/2021, §§ 42-43 (*mutatis mutandis*):

“42. Ceza muhakemesiyle eş zamanlı olarak yürütülen, bir başka ifadeyle kişinin henüz suç isnadı altında olduğu, ceza makamları tarafından hakkında herhangi bir hüküm kurulmadığı süreçte devam eden disiplin soruşturma ve yargılamalarında masumiyet karinesi bakımından önemli olan husus; kamu makamlarının işlem ya da kararlarında belirttikleri gerekçeler veya kullandıkları dil nedeniyle bireye cezai sorumluluk yüklememeleri, ceza mahkemeleri tarafından henüz suçlu bulunmamış bireyin masumiyeti üzerine gölge düşürülmesine sebebiyet vermemeleridir (*Galip Şahin*, § 47).

43. Bununla birlikte ceza yargılamasına konu maddi olay ve olguların disiplin hukuku esasları çerçevesinde diğer kamu makamlarınca (idari/adli) ayrıca değerlendirilmesi ve bu değerlendirme sonucunda ulaşılabilecek kanaate göre işlem/karar tesis edilmesi mümkündür. Bu bağlamda disiplin işlem ve yargılamalarında ceza yargılamasında elde edilen bir delile istinat edilmesi ya da kişi hakkında yapılan ceza yargılamasına bir olgu olarak atf yapılmış olması tek başına masumiyet karinesinin sağladığı güvencelere aykırılık teşkil etmez. Ancak adli ve idari makamların kendi görev sınırlarını aşarak

Bununla birlikte ceza soruşturması sonucunda *kovuşturmaya yer olmadığına* ya da ceza kovuşturması sonucunda *beraat* kararı verilmesi halinde veya idari yargı merciinin kararında *masumiyet karinesine* uygun biçimde “kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını” sağlaması ve “toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini uyandıracak” yönde hüküm kurmaktan kaçınması gerekir.^[35]

Ayrıca *hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına* karar verilmesi durumunda, kişinin mahkûm edildiği izlenimini doğuracak şekilde idari

kişiyi suçlu ilan etmesi veya bu bağlamda birtakım çıkarımlarda bulunması masumiyet karinesinin ihlaline yol açabilir. Masumiyet karinesi kapsamındaki güvencelerin sağlanıp sağlanmadığının tespiti yapılırken ise kararın gerekçesinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir (*Galip Şahin*, § 48).”

[35] Ayrıca bkz. AYM, *Hüseyin Şahin* [GK], B. No: 2013/1728, 12/11/2014, §§ 38, 39:

“38....Ancak ceza davası sonucunda kendisine isnat edilen suçu işlemediğinin sabit olduğu veya suçu işlediğine kesin olarak kanaat getirilemediği ve bu nedenle sanık hakkında beraat kararı verilen durumlarda kişi hakkında masumiyet karinesinin devam ettiğinin kabulü gerekir. Çünkü böyle durumlarda Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü ve Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkraları anlamında kişinin suçluluğu sabit olmamıştır ve bu nedenle suçlu sayılmaz.”

“39. ... Ancak idari davada uyumsuzluk konusu olan maddi olayın tespitinde idari yargı mercii, aynı maddi olayı ele alan ceza mahkemesinin daha önce verdiği beraat kararına uygun hareket etmelidir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *XI/Avusturya*, B. No: 9295/81, 6/10/1982, (k.k.); *C/Birleşik Krallık*, B. No: 11882/85, 7/10/1987, (k.k.)). Bu kural, kişi hakkında verilen beraat kararı sorgulanmadığı sürece, aynı maddi olay çerçevesinde daha düşük ispat standardı kullanılarak kişinin disiplin sorumluluğu çerçevesinde yaptırıma tabi tutulmasına engel teşkil etmemektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Ringvold/Norveç*, B. No: 34964/97, 11/2/2003, § 38)”

Ayrıca bkz: AİHM, *Kapetanios/Yunanistan*, B. No: 3453/12, 42941/12, 9028/13, 30/4/2015 (resmi özet, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168594> , son erişim tarihi: 10/4/2022).

“Mevcut davada idare mahkemeleri, dava dosyalarındaki belgeleri ceza mahkemelerinden farklı bir şekilde değerlendirdikten sonra; [başvurucuların] ceza mahkemeleri tarafından daha önce beraat ettirildikleri aynı kaçakçılık [suçunu] işlediklerine karar vermiştir. Varılan bu sonuçlar Danıştay tarafından da son aşamada onaylanmıştır. Söz konusu iki davanın benzer nitelikli olması, ihtilaf konusu eylemler ve ilgili suçları meydana getiren unsurlar dikkate alındığında; idare mahkemelerinin vardığı bu sonuç, ceza mahkemelerinin verdiği beraat kararlarında daha önce tespit edilmiş olan [başvurucuların] masumiyet karinesi[ni] ihlal etmiştir.”

davada karar verilmesinin *masumiyet karinesini* ihlal edeceği göz önünde bulundurulmalıdır.^[36]

Gereççeli karar hakkı yönünden ise idari davada, ceza soruşturması sonucunda *kovuşturmaya yer olmadığına* karar verildiğini ya da ceza kovuşturması sonucunda *beraat* kararı verildiğini ileri süren davacının davanın sonucuna etkili olabilecek bu iddiasının idari yaptırımın hukuka uygunluğu değerlendirilirken dikkate alınması ve karşılanması gerekmektedir.^[37] Bu bağlamda idari yargı merciinin suç ve kabahatin niteliği, oluşum şartları ve öngörülme amaçları yönünden yukarıda açıklanan hususlar bağlamında kabahat özelinde ayrıca bir değerlendirme yaparak hüküm kurması *gereççeli karar hakkının* korunması bakımından elzemdir.

Kaçakçılık suçu kasten işlenebilen bir suç olduğundan kastın bulunmaması nedeniyle beraat kararı verilmiş olabilir. Vergi kabahati ise Kabahatler Kanunu hükümleri uyarınca taksirle de işlenebildiğinden vergi yargıcının kabahatin oluşumunda en azından taksirin bulunup bulunmadığını incelemesi gerekir.^[38] Vergi kabahati açısından taksir, özen ve dikkat yükümlülüğünün yerine getirilmemesidir.

Ceza yargılamasında kastın bulunmadığı sonucundan farklı olarak kabahatin taksirle işlendiği ve bunun idari yaptırım gerektirdiği sonucuna ulaşılması, ilerleyen bölümlerde açıklanacak koşulların da gerçekleşmesi kaydıyla

[36] Öte yandan *masumiyet karinesi* yönünden ise Anayasa Mahkemesinin aşağıdaki değerlendirmesinin mahiyetiyle uyumlu olduğu ölçüde ve gerekli değişiklikler yapılmak kaydıyla (*mutatis mutandis*) vergi uyumsuzluğundan doğan idari davalarda esas alınması gerekir:

“İdari uyumsuzluğun çözümüne esas teşkil etmesi bakımından salt kişinin yargılanmış olmasından ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karardan söz edilmesi, masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli değildir. Bunun için kararın gerekçesinin bütün hâlinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir (*Ramazan Tosun*, B. No: 2012/998, 7/11/2013, § 63; *Hüseyin Şahin*, B. No: 2013/1728, 12/11/2014, § 40).”

[37] Gereççeli karar hakkına ilişkin ilkeler yönünden bkz. AYM, *Ali Timur Karabacak ve diğ.leri*, B. No: 2018/17190, 13/1/2022, §§ 28-33.

[38] Kabahatler Kanunu'nun vergi uyumsuzluğundan doğan idari davalarda uygulanabilirliğinin tartışıldığı bir karar için bkz: Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/1063, K. 2020/1306, 2.12.2020.

tek başına *ne bis in idem ilkesine* aykırılık oluşturmaz, gerekçesi sağlam bir temele dayandığı takdirde bu durumun *masumiyet karinesinin* ikinci boyutunu ihlal ettiği de söylenemez. Ancak bu yönde açık bir değerlendirmenin bulunmaması *gerekçeli karar hakkını* ihlal edebileceği gibi kararda kullanılan ifadelerin kişinin masumiyetinden şüphe duyulmasına yol açması da *masumiyet karinesini* ihlal edebilir.^[39]

Diğer yandan ceza kovuşturmasının *hükümün açıklanmasının geri bırakılması* kararıyla sonuçlanması halinde de idari yargının, yukarıda açıklanan güvenceler temelinde bir hüküm kurması gerektiği de izahtan varestedir.

III. NE BIS IN IDEM İLKESİNİN İDARİ DAVALARDA UYGULANMASI

Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrası "*Hâkimler, ... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*" kuralını ihtiva etmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin son fıkrasında yer alan ve *bağlantılı fiillerle işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri arasında bağlantı kurulmasına engel olan* kuralı iptal etmesi artık hukuk düzenimizde maddi açıdan var olan bağlantının şekli açıdan da kurulmasını engelleyen bir normun bulunmadığı anlamına gelmektedir.

Bu noktadan hareketle

- (i) Suç soruşturması ve kovuşturması süreci ile kabahate ilişkin yaptırım uygulama süreci arasında, özellikle cezalandırma boyutuyla ele alındığında bağlantı kurulmasını engelleyen Kanun'un 367. maddesinin son fıkrasında yer verilen kuralın artık hukuk düzeninde bulunmaması,

[39] Ayrıca bkz. AYM, *Abdülaziz Gökalp*, B. No: 2018/23214, 25/2/2021, § 41 (mutatis mutandis):

"Öte yandan ceza muhakemesi sonucunda kişinin müsnet suçu işlemediğine dair hükümler dışında ceza mahkemesi hükmü, disiplin makamları açısından doğrudan bağlayıcı değildir. Ancak cezai sorumluluğu ortadan kalkmış olsa dahi aynı olaylar nedeniyle -daha hafif bir ispat külfeti temelinde- kişi hakkında başka tür bir sorumluluğun tesis edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. Özcan Pektaş, § 25; Kürşat Eyoğlu, § 30)."

- (ii) Tam aksine iç hukukumuzda *ne bis in idem ilkesi ve sağladığı güvenceler ile istisnalarının* gerek Anayasa'nın 36. maddesi ve gerekse kanun hükmünde olan AİHS'ye ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesi uyarınca yürürlükte bulunması ve bu düzenlemelerin mahiyeti itibarıyla anılan süreçler arasında bir bağlantı kurulmasını gerekli kılması,
- (iii) Son olarak Anayasa'nın 138. maddesinde de hâkimin *Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak* karar vereceğinin anayasal olarak teminat altına alınması

karşısında idari yargıcın *bağlantılı fiillerle işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri* arasında bir bağlantı kurması ve ilkenin sağladığı güvenceleri hayata geçirmesinin anayasal bir zorunluluk olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.^[40]

Anayasa Mahkemesi iptal edilen bağlamazlık kuralının, ceza yargılaması ile idari yargılama süreci arasında bağlantı kurulmasına engel olduğunu tespit etmiştir. Bu iptal kararıyla söz konusu hukuki engel ortadan kalktığından, artık, *bağlantılı fiillerle işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçlerinin ne bis in idem ilkesine* aykırı yürütülüp yürütülmediğinin incelenmesi gerekir.

Diğer yandan, kural olarak yargılamanın sonucundan öte yürütülme usulüne ilişkin güvenceler içeren adil yargılanma hakkı bağlamında vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri arasında bağlantı sağlanmasının *gerekçeli karar hakkı ve masumiyet karinesi* gibi güvenceler açısından önemi de kararda ayrıca vurgulanmıştır.^[41] Bu açıdan iptal kararı, vergi uyuşmazlığından doğan idari davalarda *ne bis in idem ilkesi* yanında adil yargılanma hakkının sağladığı diğer güvencelere uygun bir sürecin yürütülmesi yönünden bir değerlendirme yapılmasını

[40] Hak eksenli yaklaşımın hayata geçirilebilmesi açısından Anayasa ve AİHS'nin idari davalarda uygulanma gerekliliği hakkında: Yılmazoğlu, *İdari Yargıda Hak Eksenli Dönüşüm*, 20-28, 85-105; Ahmet Emrah Geçer, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Vergi Cezalarında "Non Bis İn İdem" İlkesine İlişkin A ve B v. Norveç Kararının Türk Vergi Hukuku Uygulamasına Etkileri," *Vergi Sorunları Dergisi*, no. 350 (Kasım, 2017): 119.

[41] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4.11.2021, § 87.

ve bu güvencelere aykırılıkların temel hak ve özgürlükleri koruma hususunda öncelikle görevli olan idari yargı mercilerinin giderilmesini zorunlu kılmaktadır.^[42]

Bu koruma yükümlülüğünün idari yargı mercilerince yerine getirilmemesi halinde bu durumun Anayasa Mahkemesi önünde bir bireysel başvuruya konu edilmesi söz konusu olabilir. Anayasa Mahkemesi de bu ilkenin ihlal edildiği sonucuna ulaşarak dosyayı yeniden yargılama yapılması için idari yargı mercisine gönderebilir (6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası).^[43] Aynı şekilde ihlalin AİHM tarafından tespiti de söz konusu olabilir (Bu durumda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendinde öngörülen şartların varlığı halinde yargılamanın yenilenmesi söz konusu olabilir). İhlal kararı üzerine idari yargı mercii, bireysel başvuruda bulunulmadan önce dikkate almadığı Anayasa ve AİHS'de tanımlanmış güvenceyi, ihlalin giderimi için bu kez idari davada doğrudan uygulayarak karar vermek zorunda kalacaktır. Anayasa ve AİHS'nin idari davada doğrudan uygulanabilirliğini bir ihlal kararının verilmesine erteleyen bu sürecin ise kişinin hakkının yargı mercilerince

[42] *Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16; *Famiye Beğim ve Mehmet Tabir Beğim*, B. No: 2017/21882, 10/02/2021, § 49; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/853, K. 2022/17, 19.1.2022.; AİHM uygulamasında, vergi uyuşmazlıklarında adil yargılanma hakkına ilişkin AİHS'nin 6. maddesinin *medeni hak ve yükümlülükler*e ilişkin boyutunun konu yönünden uygulanabilir olmadığı (AİHM, *Ferrazzini/İtalya*, B. No: 44759/98, 12/7/2001); Vergi cezalarıyla ilgili şikâyetlerin bu maddenin *suç isnadı* boyutunda incelenebileceği kabul edilmektedir (Ayrıca bkz. AİHM, *Bendenoun/Fransa*, B. No: 12547/86, 24/2/1994, § 47; AİHM, *Janosevic/İsveç*, B. No: 34619/97, 23/7/2002, §§ 64-71; AİHM, *Morell/Fransa* (k.k.), B. No: 54559/00, 3/6/2003). Anayasa Mahkemesi *E.T.Y.İ. A.Ş.* kararında AİHM'nin bu içtihadının aksine vergi uyuşmazlıklarında adil yargılanma hakkının her iki boyutu yönünden de konu bakımından kabul edilebilir bulunduğu karar vermiştir (AYM, *E.T.Y.İ. A.Ş.*, B. No: 2013/596, 8/5/2014, §§ 20-29). İdari yargı kararları bireysel başvuru yoluyla öncelikle Anayasa Mahkemesi önüne taşınacağından, idari yargıcın, vergi uyuşmazlığından doğan idari davalarda adil yargılanma hakkının uygulanabilirliği ile ilgili Anayasa Mahkemesinin geniş yorumunu esas alması ve yargılama sürecini bu hakkın sağladığı güvencelere uygun biçimde yürütmesi gerektiği düşünülmektedir.

[43] Yeniden yargılama yönteminin özellikleri ve yargılamanın yenilenmesinden farkları için bkz. *Mehmet Doğan* [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 54-60

güvence altına alınması sürecini uzatmaktan ve idari yargının güven ve itibar kaybına uğramasından başka bir sonucu bulunmamaktadır.

Gerçi, iptal kararına konu yargılamada, somut norm denetimi yolu işletilmeden evvel de Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *birinci cümlesi* uyarınca AİHS kanun hükmünde kabul edilmek ve *üçüncü cümlesi* uyarınca da anılan ilkeye ilişkin AİHS ve bu konudaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı *esas alınarak* 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin son fıkrasında yer alan kural *ihmal edilmek* suretiyle bu değerlendirmenin yapılabilmesi mümkündür. Ancak somut norm denetimi sonucunda verilen kararın yürütülen tüm yargılama süreçleri yönünden objektif etkisini de yadsımamak gerekir.

Kanaatimizce iptal kararı sonrasında oluşan hukuki durum uyarınca adli ve idari süreçlerin bağlantılı yürütülebilmesi için muhakkak bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç yoktur. İdari yargıcın elinde 2577 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasında öngörülen "ara kararı" gibi bu bağlantılı süreç yürütümünü sağlayacak önemli bir olanak vardır. Bununla birlikte süreçlerin bağlantılı yürütülmesini kolaylaştırıcı nitelikte ilave tedbirler alınması ve bu bağlamda yargılamanın taraflarına, bilhassa vergi incelemesi sonucunda hazırladığı vergi suçu raporu ve savcılığa sunduğu mütalaa ile ceza soruşturması sürecini başlatan vergi idaresine, adli sürecin takibi ve idari yargının bu süreç hakkında bilgilendirilmesini temin edici yükümlülükler getirilmesi mümkündür. Bu bağlamda alınan kararların ceza mahkemesi ile vergi mahkemesi tarafından karşılıklı olarak birbirlerine anlık olarak UYAP üzerinden bildirilmesi ve karar örneğinin gönderilmesi hususunda yükümlülük de yüklenebilir. Ancak bir hukuk devletinde *ne bis in idem ilkesinin* sağladığı güvenceler bağlamında yasayla bu ilave tedbirlerin öngörülmesine dahi gerek olmadan da idare ve yargı mercilerinin bu eşgüdümü sağlaması gerektiği izahtan varestedir.^[44]

[44] Bu bağlamda AİHM'nin *Kapetanios/Yunanistan* (B. No: 3453/12, 42941/12, 9028/13, 30/4/2015) kararında yaptığı değerlendirme ilgi çekicidir: Olayda, üç başvuru hakkında gümrük vergisi ödemeksizin ithalatta bulunmaya/satın alma belgeleri bulunmaksızın yakıt satmaya dayalı kaçakçılık suçları nedeniyle başlatılan ceza yargılamaları başvuru sahiplerinin 1992, 1998 ve 2000 yıllarında kesinleşen kararların ardından beraat etmesiyle sonuçlanmış, bu sırada başvuru sahiplerinin idari para cezası ödemelerine karar verilmiştir. İdari para cezalarıyla ilgili idari yargılama süreci ise 2011 ve 2012 yıllarında sonuçlanmıştır. Yüksek İdare Mahkemesi, temyiz isteminin reddine ilişkin kararında, bizim hukukumuz açısından iptal edilen 213 sayılı Kanun'un

IV. ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARI IŞIĞINDA *NE BIS IN IDEM* İLKESİNİN VERGİ UYUŞMAZLIĞINDAN DOĞAN İDARİ DAVALARDA UYGULANAMAYACAĞI BİR HAL OLARAK FAİLLERİN FARKLILIĞI

İptal kararında detayları açıklandığı üzere, vergi kaçakçılığı suçuna vücut veren fiiller ile vergi kabahati oluşturan fiiller arasında subjektif (“*aynı fail tarafından aynı fiil veya farklı fiillerle bağlantılı olarak*” söz konusu suç ve kabahatin işlenebilmesi) veya objektif (“*farklı failler tarafından gerek aynı mükellefiyet kapsamında gerekse farklı mükellefiyetler kapsamında bağlantılı olarak*” söz konusu suç ve kabahatin işlenmesi) bağlantı bulunması mümkündür.^[45]

Vergi uyuşmazlığından doğan idari davalarda vergi ziyayı doğuran fiiller ya da usulsüzlük fiillerine aykırılık nedeniyle idari yaptırıma gerçek kişiler

367. maddesinin son fıkrasındaki kurala benzer biçimde, “idari makamların, ceza mahkemeleri tarafından verilen beraat kararlarıyla bağlı olmadıklarını; zira iç hukuk kapsamında, ceza mahkemelerinin yalnızca mahkûmiyet gerektiren nihai kararlarının, idare mahkemeleri açısından kesin hüküm değeri taşıdığını kaydetmiştir.” AİHM 7 No.lu Protokol’ün 4. maddesi yönünden yaptığı değerlendirmede şu hususları ifade etmiştir:

“... [Başvurucu]ların kesinleşmiş olan beraat kararlarına dayandıkları ve bu kararları, davaları esastan inceleyen mahkemelere ve son olarak Danıştay’a sundukları göz önüne alındığında; derdest idari işlemler bağlamında beraat kararlarının etkisini resen değerlendirmek, davayı inceleyen idare mahkemesinin görevidir. Aksi takdirde, ilk “ceza yargılamalarının” gerçekleştiğini dikkate almamak, *aynı suçtan dolayı iki kere yargılanmama* ilkesine aykırı bir şekilde, yerel hukuk sistemi kapsamında bir durumu kasıtlı tolere etmek anlamına gelecektir.

7 No.lu Protokol’ün 4. maddesi, *aynı suçtan dolayı iki kere yargılanmama* ilkesine saygı gösterilmesi koşuluyla; aynı olaylar nedeniyle belirli bir süre hapis cezası ve para cezası uygulanmasını ilke olarak yasaklamamaktadır. Bu nedenle kaçakçılığın önlenmesi bağlamında, bir dava kapsamında, hapis cezası ve para cezası şeklinde iki ceza uygulansaydı; bu ilke ihlal edilmiş olmayacaktı. Ayrıca [başvurucu]lardan ikisinin davasında, idari işlemler başlatıldığında, ceza yargılamalarının henüz sonuçlanmamış olması; *aynı suçtan dolayı iki kere yargılanmama* ilkesi bağlamında, tek başına sorun teşkil etmemektedir. İdari işlemlerin başlatılmasının ardından ceza mahkemesi yargılamayı askıya alsaydı ve sonrasında, Danıştay’ın söz konusu para cezasını onaylamasıyla ceza davasını sonlandırsaydı; bu ilkeye saygı gösterilmiş olacaktı.” (vurgu yazara aittir. Resmi özetten alınmıştır: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168594> Son erişim tarihi: 10/4/2022)

[45] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4.11.2021, § 24.

kadar tüzel kişiler de muhatap olabilmektedir. 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinde yer verilen fiiller tüzel kişiler tarafından işlendiğinde vergi ziyai cezası ile usulsüzlük/özel usulsüzlük cezaları şirket adına kesilmekte, fiiller nedeniyle ceza soruşturması ve kovuşturması ise şirketin kanuni temsilcisi veya diğer şirket çalışanları hakkında yürütülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, daha önceki bir tarihte verdiği *Mehmet Turgay Özbekler* kararında bu durumu *ne bis in idem ilkesi* bağlamında yorumlayarak şu sonuca ulaşmıştır:

“...idari süreç sonunda vergi cezasının başvurusunun yetkilisi olduğu Şirket aleyhine, adli süreç sonunda mahkûmiyet kararının başvuru aleyhine verilmesi nedeniyle başvurusunun ihlal iddiasının aynı fiil nedeniyle iki kez yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi kapsamına girmediği...”^[46]

İnceleme konumuzu oluşturan iptal kararında ise aşağıdaki belirlemeye yer vermiştir:

“Farklı failer veya farklı fiiller ile bağlantılı olarak işlenen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin cezalandırma ve yargılama süreçleri de itiraz konusu kuralın kapsamında yer almaktadır.”^[47]

Kararın 24. paragrafında tanımlanan bağlantılı fiilin farklı failer tarafından işlenmesi halinin iptal edilen kural kapsamında yer almasının (§ 86) bu durumun doğrudan *ne bis in idem ilkesi* kapsamında yer alması sonucunu doğurmayacağı düşünülmektedir. Bununla birlikte kuralın bu *ilkeye* aykırılık nedeniyle iptal edildiği göz önünde bulundurulduğunda bunun aksinin de düşünülebilmesi mümkündür ve iptal kararında bu yönde bir açıklık bulunmamaktadır.

Dolayısıyla iptal kararında yer verilen belirleme uyarınca, vergi uyumsuzluğundan doğan idari davalarda, daha önce kesinleşen ceza soruşturması ve kovuşturmasına ilişkin süreç “suçun ayrıntılarını bilen ve oluşumunda rol alan”^[48] kanuni temsilci ya da diğer personel hakkında olduğunda, aynı ya

[46] *Mehmet Turgay Özbekler*, B. No: 2017/20779, 11/3/2020, § 23.

[47] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, §§ 73, 86.

[48] Hatice Ela, *Vergi ve Ceza Hukukunda Sahte Belge ve Yanıltıcı Belge*, (Ankara: Seçkin, 2020), 1046.

da farklı bir fiil nedeniyle tüzel kişilik adına vergi incelemesine dayanılarak uygulanan idari yaptırım nedeniyle açılan idari davada *ne bis in idem ilkesine* aykırılık şartlarının incelenmesi gerektiği düşünülebilir.

Bunun aksine daha önceki bir tarihte verilen bireysel başvuru kararında ortaya konulan içtihadın devam ettiğinin düşünüldüğü ve yeni tarihli içtihadta da bu konuda bir açıklık bulunmadığı sonucuna ulaşırsa bağlantılı fiilin farklı failler tarafından işlenmesi hali *ne bis in idem ilkesi* kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Kanaatimizce ilkenin mahiyeti ve korumaya sağladığı güvencenin daha çok “aynı kişi”nin hukukuna yöneldiği düşünülürse norm denetiminde verilen iptal kararında yer alan söz konusu ifadenin iptal edilen normun içeriğini belirlemeye yönelik olduğu ve *ne bis in idem ilkesi* bağlamında bir tespit içermediği düşünülmektedir.

Bu bağlamda defter belge ibraz etmeme, sahte fatura düzenleme ve kullanma fiilleri nedeniyle idari yaptırımın muhatabı bir tüzel kişi olduğunda, bu yaptırıma karşı açılan idari davada, ilgili kanuni temsilci ya da şirket çalışanı hakkındaki ceza soruşturması ve kovuşturması sonucunda verilen kararın *ne bis in idem ilkesine* aykırılık değerlendirmesinde dikkate alınmasında gerek bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla vergi uyuşmazlığından doğan idari davalarda Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda benimsediği yorumun esas alınması gerektiği ifade edilmelidir.

Sonuç olarak vergi uyuşmazlığından doğan idari davalarda, *ne bis in idem ilkesi* ancak idari yaptırımın muhatabının *gerçek kişi* olması ve bu kişi hakkında bağlantılı fiili nedeniyle vergi kaçakçılığı suçundan ceza soruşturması ve kovuşturması yürütülmesi halinde dikkate alınabilecek niteliktedir.^[49]

AİHM'nin yaklaşımı da bu yöndedir. AİHM, *Zolotukhin/Rusya* kararında belirlediği olay temelli yaklaşıma atıfta bulunarak verdiği *Pirttimäki/Finlandiya* kararına konu olayda şirket gelirinin beyan dışı bırakılması nedeniyle başvurucu ağırlaştırılmış vergi kaçakçılığı ile suçlanırken şirket de ayrıca yaptırıma tabi tutulmuştur. AİHM bu süreçlerdeki hukuk süjelerinin farklı olması nedeniyle süreçlerin aynı olaylardan veya önemli ölçüde

[49] Aynı yönde: Bahçeci, “İHAM’ın Vergi Cezalarında,” 151; Barış Bahçeci, “İHAM İçtihadında Vergi Cezalarında ‘Ne Bis In Idem,’” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67, no. 2 (Haziran, 2018): 265

aynı olaylardan kaynaklanmadığı ve *ilkenin* ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.^[50]

[50] *Pirttimäki/Finlandiya* (B. No: 35232/11, 20/05/2014, §§ 50-52) kararının ilgili bölümleri şu şekilde çevrilebilir:

“50. Mevcut davada taraflar, üç yargılama sürecinin aynı olgulardan kaynaklanıp kaynaklanmadığı konusunda fikir ayrılığı yaşamaktadır. Mahkeme, ilk iki yargılama grubunun hem şirketin hem de kişisel olarak vergilendirilmesi yönünden başvurusunun 1997, 1998, 1999 ve 2001 mali yılları için bir miktar geliri beyan etmemiş olmasından kaynaklandığını kaydeder. İkinci yargılamada başvuru, şirketin temsilcisi olarak, 1998 ve 2002 yılları arasında şirket adına vergi makamlarına yanlış bilgi verdiği için ağırlaştırılmış vergi kaçakçılığı ile suçlanmıştır. Mevcut davayla ilgili olan iki yargılama süreci, bu nedenle, başvuru aleyhindeki vergi davaları ve ceza davalarıdır.

51. Mahkeme, bu iki olay dizisinin farklı olduğu kanaatindedir. Her şeyden önce, bu takibatlara dahil olan hukuk sùjeleri aynı değildir: İlk yargılamada başvuru, ikinci yargılamada şirkettir (bkz. *Isaksen/Norveç* (k.k.), B. No: 13596/02, 2/10/2003; ve mutatis mutandis, *Pokis/Letonya* (k.k.), B. No: 528/02, 5/10/2006, ECHR 2006-XV; ve *Agrotexim ve Diğerleri/Yunanistan*, B. No: 14807/89, 24/10/1995, §§ 66-68, Seri A no. 330-A). Her iki davada da vergi beyannamesini verenin aslında başvuru olduğu varsayıldığında bile, koşullar hala aynı değildir: Beyanlar farklı vergi beyannameleriyle yapıldığından, beyannameler farklı zamanlarda verilmiş olabileceğinden ve şirket söz konusu olduğunda, başka kişileri de kapsayabileceğinden, kişisel vergilendirme vergi beyannamesi vermek, bir şirket için vergi beyannamesi vermekten farklıdır.

52. Bu nedenle Mahkeme, ihtilaf konusu iki yargılama sürecinin, esasen aynı olaylardan veya önemli ölçüde aynı olaylardan kaynaklanan tek bir somut olgusal koşullar dizisi oluşturmadığı kanaatindedir. Buna göre, Sözleşme’ye ek 7 No.lu Protokol’ün 4. maddesi ihlal edilmemiştir.”

Ayrıca AİHM’nin *Zolotukhin/Rusya* ([BD], B. No: 14939/03, 10/02/2019, § 84) kararında da benzer bir değerlendirmede bulunduğu göz ardı edilmemelidir:

“Bu nedenle Mahkemenin araştırması, aynı davalıya ilişkin ve zaman ve mekânda ayrılmaz bir şekilde birbirine bağlı bir dizi somut olgusal koşul oluşturan ve mahkûmiyeti güvence altına almak veya cezai kovuşturma başlatmak için mevcudiyeti kanıtlanması gereken olaylara odaklanmalıdır.” (vurgular bu makalenin yazarına aittir) Aynı yönde: AİHM, *Glantz/Finlandiya*, B. No:37394/11, 20/05/2014, § 52; Yaltı, “İHAM’ın Glantz Kararının,” 88.

V. İPTAL KARARI IŞIĞINDA *NE BIS IN IDEM* İLKESİNE AYKIRILIK KOŞULLARI

A) GENEL AÇIKLAMA

Bağlamazlık kuralının iptaliyle bağlantılı işlenen fiiller nedeniyle teorik düzlemde

- (i) vergi kaçakçılığı suçu nedeniyle yürütülen cezai soruşturma ve kovuşturmanın kesinleşmek suretiyle sona ermesinden sonra vergi kabahatine ilişkin cezalandırma/yargılama sürecinin başlaması ya da
- (ii) vergi kaçakçılığı suçu nedeniyle yürütülen cezai soruşturma ve kovuşturma sürecinin kesinleşmek suretiyle nihayete ermesinden önce başlayan ve bir müddet birlikte devam eden vergi kabahatine ilişkin cezalandırma/yargılama sürecinin cezai takibatın sona ermesinden sonra da devam etmesi söz konusu olabilir.^[51]
- (iii) Ayrıca bu süreçlerin eş zamanlı başlaması ve eş zamanlı sona ermesi yanında vergi kabahatine ilişkin sürecin vergi kaçakçılığına ilişkin süreçten önce başlaması ancak ceza soruşturması ve kovuşturması sürecinin daha önce kesinleşerek sona ermesi de mümkündür.

Uygulamada karşılaşılabilecek bu farklı ihtimaller arasından, inceleme konumuz ile bağlantılı olarak vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin cezai sürecin daha önce kesin bir kararla sona erdiği durumlarda, bu nihayete ermenin o sırada henüz başlamamış ya da başlamakla birlikte henüz sonuçlanmamış vergi kabahatine ilişkin cezalandırma/yargılama sürecine etkileri cezai süreç sonunda verilen karar türü de dikkate alınarak ayrıntılarıyla irdelenmelidir.

Mahkeme *ne bis in idem ilkesinin* tanımı bağlamında ilkeye aykırılığın oluşabilmesi için şu koşulların gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir:

- “(i) “Ceza” ile ilgili bir yargılama sürecinin olması
- (ii) Bu sürecin kesin/kesinleşmiş mahkûmiyet veya beraat hükmüyle sonuçlanmış olması
- (iii) Tekrar (yeniden) “ceza” ile ilgili bir yargılama sürecinin işletilmesi
- (iv) Farklı yargılama süreçlerinin aynı fiile/farklı bağlantılı fiillere ilişkin olması

[51] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4.11.2021, § 77.

(v) İlkenin istisnalarından birinin olmaması”^[52]

B) “CEZA İLE İLGİLİ BİR YARGILAMA SÜRECİ” KAVRAMININ VERGİ KABAHAHATİNE İLİŞKİN SÜRECİ DE KAPSAMASI

Anayasa Mahkemesi, kararda, vergi uyuşmazlığından doğan idari davalar yönünden önceki içtihatlarına^[53] da atıfla özerk bir yorumla önemli bir belirlemede bulunmuştur. Buna göre yukarıdaki *birinci* ve *üçüncü* koşulda ifadesini bulan “*ceza*” ile ilgili yargılama süreçleri sadece teknik anlamda ceza yargılaması hukuku bağlamında yürütülen süreci kapsamamakta, idari vergi cezalarının da bu bağlamda değerlendirilmesi gerekmektedir.^[54]

[52] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4.11.2021, § 27; AİHM de ilkeyi değerlendirdiği kararlarında ilk sürecin mahiyeti itibarıyla cezai olup olmadığını, fiillerin aynı olup olmadığını (idem), ilk süreçte kesin kararın verilip verilmediği ve ne zaman verildiği, süreçlerde mükerrerlik bulunup bulunmadığı (bis) bağlamında değerlendirmektedir (örneğin, bkz. AİHM, *A ve B/Norveç* [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016); Bahçeci idem ve bis koşulları açısından şu belirlemede bulunmuştur: “...aynıyet (idem), tekrerrün (bis) varlığının incelenmesi için bir ön koşuldur. Bu nedenle önce aynıyetin (idem) sonra da mükerrerliğin (bis) incelenmesi iki koşulun da sağlanması halinde bir ihlal olduğu sonucuna ulaşılmaması gerekecektir. Dolayısıyla aynıyetin (idem) bulunmadığı yerde mükerrerlik (bis) tartışmasına gerek olmadığı gibi, aynıyet (idem) bulunması da tek başına yeterli olmayacak aynı zamanda mükerrer (bis) bir yargılamanın varlığı gerekecektir.” Bahçeci, “İHAM İçtihadında,” 258.

[53] AYM, E. 2019/16, K. 2019/15, Kt. 14.3.2019, § 13; AYM, *Gür-Sel İnşaat Malzemeleri San. Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2013/4324, 7/7/2015; AYM, *Ünal Gökpinar* [GK], B. No: 2018/9115, 27/3/2019, §§ 54-56.

[54] AYM, E.2019/4, K.2021/78, Kt. 4.11.2021, §§ 28, 55, 56; AİHM sürecin cezai karakterini belirlemede yukarıda anılan *Engel* kriterlerini uygulamaktadır. (Örneğin, bkz. AİHM, *Mihalache/Romanya* [BD], B. No: 54012/10, 8/7/2019, §§ 53-64; AİHM, *A ve B v. Norveç* [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, §§ 105-107; AİHM, *Zolotukhin/Rusya* [BD], B. No: 14939/03, 10/2/2009, §§ 51-57; AİHM, *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda*, B. No: 22007/11, 18/5/2017, § 43; AİHM, *Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda* (k.k.), B. No: 22779/14, 04/12/2018, § 45; AİHM, *Ragnar Thorisson/İzlanda*, B. No: 52623/14, 12/02/2019, § 33; AİHM, *Bjarni Ármannsson/İzlanda*, B. No: 72098/14, 16/04/2019, § 40).

AİHM, *Engel ve Diğerleri/Hollanda* ([GK] B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8/6/1976, § 82) kararında suçun iç hukuktaki sınıflandırması, suçun niteliği ile cezanın niteliği ve ağırlığını ölçüt olarak belirlemiştir.

Buradan hareketle ilke bağlamında *önce kesinleşen süreç* vergi kabahatine ilişkin olabileceği gibi *kesinleşen ilk süreçten sonra kişinin ceza yargılaması bağlamında yeniden yargılandığı veya cezalandırıldığı süreç* de vergi kabahatine ilişkin olabilir; her halükârda vergi kabahatine ilişkin süreç anayasal anlamda ceza yargılamasına ilişkin bir süreçtir.

C) İKİNCİ KOŞUL BAĞLAMINDA MAHKÛMİYET, BERAAT VE KESİN OLMA/KESİNLEŞME KAVRAMLARI^[55]

1- Beraat ve Mahkûmiyet Kavramlarının Özerk Yorumu

Anayasa Mahkemesi, iptal kararında *mahkûmiyet, beraat ve kesin olma/kesinleşme* kavramlarını da özerk yorumlayacağını beyan etmiştir. Mahkeme yorumunu ilkenin koruduğu menfaat kapsamında şekillendirmiştir. Buna göre ilke “ceza” yaptırımına bağlanmış olan bir *eyleme ilişkin isnadın esası incelenerek kişinin cezai sorumluluğu hakkında olumlu ya da olumsuz verilmiş kesin ya da kesinleşmiş bir karardan sonra tekrar/yeniden yargılanmaması ve cezalandırılmaması*^[56] menfaatini korumaktadır.

AIHM, *Bendenoun/Fransa* (B. No: 12547/86, 24/2/1994, § 47) kararında ise bu ölçütleri daha önce verdiği *Öztürk/Almanya* ([GK] B. No:8544/79, 21/02/1984, §§ 50-56) da atıfta bulunarak vergi kabahatlerine uygulanan idari para cezaları yönünden somutlaştırmıştır. Buna göre öncelikle, vergi kabahatine uygulanan idari para cezasına ilişkin kanun hükmü özel statü sahibi belli bir grubu değil vergi mükellefi sıfatıyla bütün vatandaşları kapsamalıdır. İkincisi, vergi cezası, mali bir tazmin aracı olarak bir zararın karşılığı olmaktan öte yeniden suç işlemeyi caydırıcı nitelik taşımalıdır. Üçüncü olarak ceza hem caydırıcı hem cezalandırıcı genel bir kural çerçevesinde uygulanmalıdır. Son olarak ceza miktarı ağır olmalıdır. AIHM, bu kararında söz edilen kriterlerin hiçbirini yeterli olarak görmemiş, ancak hep birlikte ele alındıklarında olaydaki (suçlamanın), 6. madde kapsamında bir *suç isnadı* haline (geldiği) sonucuna ulaşmıştır. AIHM, *Jussila/Finlandiya* ([BD] B. No: 73053/01, 23/11/2006, §§ 30-31) kararında ise ikinci ve üçüncü kriterlerin topluca değil seçimlik olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Bu konudaki ayrıntılı bir inceleme için bkz. Billur Yaltı, “İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılanma: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Bendenoun Kriterlerinden Jussila Kriterlerine”, *Vergi Sorunları Dergisi* 225 (Haziran, 2007): 7-20.

[55] Bu bölümün yazılmasında Anayasa Mahkemesi Raportörü Dr. Akif Yıldırım ve Ardahan Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı Sümeyye Kocaman'ın mesleki bilgi ve tecrübelerinden oldukça istifade ettim. Kendilerine teşekkürü bir borç bilirim.

[56] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4.11.2021, § 29 (vurgular yazara aittir).

Korunan menfaate ilişkin bu belirleme ile kararın bir önceki paragrafında “ceza” yargılamasına ilişkin süreç kavramına ilişkin özerk yorum da dikkate alınarak daha önce “ceza” olarak nitelendirilen bir yaptırıma ilişkin yargılamada delillerin değerlendirilmesi ve olguların tespiti sonrası kişinin ilgili suçu işlediği ya da işlemediği yönünden değerlendirme içeren bir kararın” ilkenin koruduğu menfaat bağlamında ve daha sonra başlatılan ya da süregelen diğer yargılama karşısında mahkûmiyet ya da beraat kararı olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.^[57]

Kararda bu bağlamda önceki kesinleşen cezalandırma ve yargılamanın vergi kabahatine ilişkin olmasının kaçakçılık suçuna etkileri bağlamında ayrıca ve açıkça bir değerlendirmeye yer verilmemle birlikte delillerin değerlendirilmesi ve olguların tespiti sonrası kişinin ilgili kabahati işlediği ya da işlemediği yönünden verilen kararların (idari yargının ceza kesme işlemine ilişkin davayı esastan reddetmesi ya da işlemi iptal etmesi) da ilkenin koruduğu menfaat ve anılan özerk yorum çerçevesinde mahkûmiyet ya da beraat kararı olarak nitelendirilmesi gerektiği açıktır. Ancak bu boyut vergi kabahatine ilişkin sürecin kaçakçılık suçuna ilişkin sürece etkileri bağlamında daha derin bir incelemeyi gerektirmekte ve daha önce de belirtildiği üzere inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

Vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin sürecin vergi kabahatine ilişkin sürece etkileri bağlamında ise ceza soruşturması ve kovuşturması sonucunda verilen kararlardan hangilerinin delillerin değerlendirilmesi ve olguların tespiti sonrası kişinin ilgili suçu işlediği ya da işlemediği hususunda bir belirleme içerdiğinin incelenmesi gerekir.

a) Ceza Soruşturması Sonucunda Verilen Kararlar

Ceza soruşturması açısından öncelikle kamu davasının açılmasının ertelenmesinin bu nitelikte bir karar olmadığı gözetilmelidir. Kaldı ki 213 sayılı Kanun’un 359. maddesinin “a” işaretli fıkrası haricinde maddede sayılan diğer fiiller için öngörülen cezanın üst sınırı dikkate alındığında bu fiiller bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 171. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca kamu davası açılmasının ertelenmesi için gerekli olan “üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı” şartının sağlanmadığı da gözetilmelidir.

[57] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4.11.2021, § 29.

Öte yandan Cumhuriyet savcılığı maddi gerçeği ortaya çıkartmak ve adil bir yargılama yapılması için gerekli araştırmayı yaparak şüphelinin lehine veya aleyhine olan bütün delilleri toplamakla yükümlüdür (5271 sayılı Kanun'un 160. maddesinin (2) numaralı fıkrası).

Bu kural da dikkate alındığında kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar yönünden şu tespitte bulunulabilir:

- i. Savcılık tarafından kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğinde (5271 sayılı Kanun'un 172. maddesinin (1) numaralı fıkrası)
- ii. ve bu karara yapılan itirazın sulh ceza hâkimliği tarafından gerekçeli olarak reddedilmesi durumunda (5271 sayılı Kanun'un 173. maddesinin (3) numaralı fıkrası)

ilkenin koruduğu menfaat bağlamında eyleme ilişkin isnadın esası incelenerek kişinin cezai sorumluluğu hakkında verilmiş kararın varlığından bahsedilebilir.^[58]

[58] Nitekim AİHM de *Mihalache/Romanya* kararında *ne bis in idem* ilkesinin uygulanma şartına ilişkin şu belirlemede bulunmuştur:

“Mahkeme, 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesi uyarınca *ne bis in idem* ilkesinin halihazırda “nihai olarak beraat etmiş (aklanmış) veya hüküm giymiş” kişileri korumayı amaçladığını belirttiğini kaydeder. 7 No.lu Protokol'e ilişkin açıklayıcı raporda, 4. maddeyle ilgili olarak “Bu hükümde tesis edilen ilke, ancak ilgili Devletin hukuku ve ceza muhakemesi usulü uyarınca kişi nihai olarak beraat ettikten (aklandıktan) veya mahkûm edildikten sonra uygulanır” der... Bu nedenle, bir kişinin bu Madde kapsamında korumaya hak kazanması için nihai bir karar yeterli değildir; nihai karar, kişinin beraatını (aklanmasını) veya mahkûmiyetini de içermelidir.” (AİHM, *Mihalache/Romanya* [BD], B. No: 54012/10, 8/7/2019, § 88)

AİHM bu kararında daha sonra *isnadın esası incelenerek kişinin cezai sorumluluğu (beraat veya mahkûmiyet) hakkında verilmiş kararın varlığından bahsedebilmek için şu kriterleri tespit etmiştir: (i) maddi olayın koşullarının değerlendirilmesi sonucunda isnat altında bulunanın cezai sorumluluğunun tespit edilmesi, yani davanın esasına ilişkin bir saptamanın bulunması; (ii) böyle bir değerlendirmenin yapılabilmesi için, kararı veren merciin, iç hukuk tarafından davanın esasını incelemesine imkân veren karar verme yetkisiyle yetkilendirilmiş olması; (iii) yetkili makamın dava dosyasındaki kanıtları incelemesi veya değerlendirmesi ve “cezai” sorumluluğun bulunup bulunmadığını belirlemek amacıyla, soruşturma organlarının müdahalesini*

- iii. Öte yandan, 5271 sayılı Kanun'un 172. maddesinin (2) numaralı fıkrasında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmayacağına da kurala bağlandığı gözetilmelidir. Bir başka anlatımla *eyleme ilişkin isnadın esasını incelenerek kişinin cezai sorumluluğu hakkında verilmiş kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın bu niteliğini yitirmesi ancak yeni bir delilin elde edilmesine ve sulh ceza hakimliğince kamu davası açılması yönünde karar verilmesine bağlıdır.*^[59]

gerektiren olaylardan birine veya tümüne kişinin katılımını değerlendirmesinin gerekli olması (AİHM, *Mihalache/Romanya* [BD], B. No: 54012/10, 8/7/2019, § 97)

AİHM bu kriterler ışığında somut olayda başvurucu hakkında savcılık tarafından verilen karara yönelik şu değerlendirmede bulunmuştur:

“...Mahkeme, her şeyden önce, Focşani Bölge Mahkemesi Cumhuriyet Savcılığının 7 Ağustos 2008 tarihli kararıyla başvurucu aleyhindeki cezai takibatı durdurduğunu ve aynı zamanda başvurucuya işlediği fiillerden dolayı idari para cezası verdiğini gözlemlemektedir.” (AİHM, *Mihalache/Romanya* [BD], B. No: 54012/10, 8/7/2019, § 99)

“Mahkeme, savcı tarafından yürütülen soruşturmayı ve önündeki maddi olayla ilgili saptamada bulunmak için iç hukukta kendisine verilen yetkileri göz önünde bulundurarak, mevcut davada savcının değerlendirmesinin, başvurucunun “cezai” sorumluluğunun hem koşulları hem de tespiti ile ilgili olduğu kanaatindedir. Başvurucuya caydırıcı ve yaptırım niteliğinde bir ceza verildiği de göz önünde bulundurulduğunda, 7 Ağustos 2008 tarihli karar, başvurucunun kelimenin gerçek anlamıyla “mahkûmiyeti”ni gerektirmiştir. Mahkûmiyet kararının başvurucunun durumu üzerindeki etkileri göz önüne alındığında, başvurucunun davasına hiçbir mahkemenin müdahale etmemiş olması bu sonucu değiştiremez.” (AİHM, *Mihalache/Romanya* [BD], B. No: 54012/10, 8/7/2019, § 101)

- [59] Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararın yargısal niteliği Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 06/10/2020 tarihli ve 2019/7-84-2020/399 sayılı kararında tartışılmıştır:

“Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar, muhakeme faaliyeti sonunda, yargılama makamı tarafından verilmiş kararlar olmasa da adli nitelikte kararlardır. *Ancak, bu kararlara itiraz yolunun açık olması nedeniyle itiraz üzerine kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, mahkeme denetiminden geçerek yargısal karar hâlini alır ve yargı otoritesi özelliğini gösterir.* Gerek itiraz üzerine kesinleşen, gerekse itiraz edilmeksizin kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar bakımından, kanunun aradığı anlamda yeni delil ortaya

Bu tespit ve değerlendirmeler ışığında, kanaatimizce, *ne bis in idem ilkesinin* uygulanabilirliği açısından, savcılık tarafından vergi kaçakçılığı suçu hakkında verilen kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararın, maddi olayın koşullarının ve ilgili delillerin değerlendirilmesi sonucunda isnat altında bulunanın cezai sorumluluğunun koşullarına ve belirlenmesine yönelik tespit içerdiği müddetçe *eyleme ilişkin isnadın esası incelenerek kişinin cezai sorumluluğu hakkında verilmiş bir karar olarak değerlendirilmesi gerektiği* sonucuna ulaşılmıştır.

Diğer yandan vergi kaçakçılığı suçu özelinde bir belirleme olmamak kaydıyla genel olarak kovuşturma imkânını ortadan kaldıran şüphelinin ölümü, af, zamanaşımı, şikâyet süresinin geçmesi, ön ödemenin yerine getirilmesi ve uzlaşmanın sağlanmış olması gibi durumlarda kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğinde *eyleme ilişkin isnadın esası incelenerek*

çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı Cumhuriyet savcısı aynı işe tekrar el atamayacağından, *kesin hüküm etkisine benzer bir durum ortaya çıkmaktadır.*

Diğer taraftan, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendirdiğinden sıradan bir adli işlem niteliği de taşımamaktadır. Kesinleşmiş bir kovuşturmaya yer olmadığı kararının varlığı ile ceza muhakemesi sona ermekte, CMK'nın 172. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmayacağı, üçüncü fıkrası uyarınca ise kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi veya bu karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmedikçe soruşturmanın yeniden dirilmeyeceği istisnai şekilde Kanun'da kabul edilmiştir. Anılan şartlar gerçekleşmeden Kanun'un istisnai olarak belirlediği bu hâl dışına çıkılarak başka makama kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı kaldırma yetkisi verilemeyecek, böylece kişilerin aynı fiilden dolayı soruşturma baskısı altında kalması engellenmiş olacaktır.” (vurgular yazara aittir; beni bu karardan haberdar eden Türkiye Adalet Akademisi Öğretim Görevlisi–Hâkim Emrah Kırat'a teşekkür ederim.)

Diğer yandan vergi idaresinin bireysel başvuruda bulunması mümkün olmadığından 5271 sayılı Kanun'un 172. maddesinin (3) numaralı fıkrasının vergi kaçakçılığına ilişkin suçlar bakımından uygulama olanağı bulamayacağını düşünüyoruz.

kişinin cezai sorumluluğu hakkında verilmiş kararın varlığından bahsedilemeyeceğini düşünüyoruz.^[60]

b) Ceza Kovuşturması Sonucunda Verilen Kararlar

Ceza soruşturması sonucunda düzenlenen iddianamenin kabulüyle kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar (5271 sayılı Kanun'un 175. maddesinin (1) numaralı fıkrası) ve kamu davası, duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilmesiyle nihayete erer (5271 sayılı Kanun'un 223. maddesinin (1) numaralı fıkrası). Son kuralda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararının, hüküm niteliğinde olduğu belirtilmiş ve maddede hangi hallerde hangi yönde hüküm verileceği açıklanmıştır.

Ceza yargılamasında hukuka uygun surette elde edilen deliller toplanarak maddi gerçeğe ulaşılması amaçlanmaktadır. Bu amaç bağlamında ceza yargılamasında uyumsuzluğun esası suçun maddi unsurları (fiil, netice, nedensellik bağı, fail); suçun manevi unsurları (kast/taksir); suçun hukuka aykırılık unsuru ve kusurluluk unsuru yönünden incelenerek 5271 sayılı Kanun'un 223. maddesinde yer alan hükümlerden biri kurulur.

Ne bis in idem ilkesinin idari davalarda uygulanabilirliği açısından beraat ya da mahkûmiyet kararları yanında maddede sayılan diğer hüküm türlerinden hangilerinin *eyleme ilişkin isnadın esasını incelenerek kişinin cezai sorumluluğu hakkında verilmiş karar* teşkil edebileceğinin uyumsuzluk özelinde ve *ilkenin* koruduğu menfaat bağlamında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

[60] Anayasa Mahkemesi kararında geçen "...Bununla birlikte isnadın esasını incelenmeden verilen, kişinin cezai sorumluluğuyla ilgili tespit içermeyen kararlar, örneğin zaman aşımı nedeniyle verilen düşme kararı ya da kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar söz konusu ilke kapsamında beraat kararı olarak nitelendirilemez..." (AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 29 vurgular yazara aittir) cümlesinde "zaman aşımı nedeniyle verilen" ifadesinin "kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar" ifadesini de tamlamak için kullanıldığını yoksa işin esas yönünden değerlendirme içeren kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın yukarıda anılan gerekçelerle özerk yorum bağlamında beraat kararı olarak nitelenebileceğini düşünüyoruz.

i. Beraat Hükümü

5271 sayılı Kanun'un 223. maddesinin (2) numaralı fıkrasında beraat kararının verilebileceği haller şu şekilde sayılmıştır:

- a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,
- b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,
- c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,
- d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,
- e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması...”

Bu hallerin hepsinde *ne bis in idem ilkesi* uyarınca aranan *delillerin değerlendirilmesi ve olguların tespiti sonrası (eyleme ilişkin isnadın esasını incelenerek) kişinin cezai sorumluluğu hakkında verilmiş karar şartının gerçekleştiğinden bahsetmek mümkündür.*^[61] Dolayısıyla yukarıda sayılan hangi nedene dayanılarak verilmiş olursa olsun beraat kararının kesinleşmesi halinde aynı fiille ya da farklı fakat bağlantılı fiille devam eden cezaya ilişkin diğer yargılamada *ne bis in idem ilkesi* açısından dikkate alınması gerekir.

ii. Mahkûmiyet Hükümü

5271 sayılı Kanun'un 223. maddesinin (5) numaralı fıkrasında “Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir.” kuralı yer almaktadır. Ceza mahkemesi, dosyada mevcut *delillerin değerlendirilmesi ve olguların tespiti sonrası kişinin atılı suçu işlediği* sonucuna ulaştığı takdirde kişinin mahkûmiyetine hükmedecektir.^[62] Mahkûmiyet kararının da kesinleştiği takdirde *ilkenin uygulanması için aranan türde bir kararın oluştuğu* açıktır.

[61] “Sanık hakkında verilen beraat, hukuki sorunu, fiili ve olayı kapsayan esasa ilişkin bir hüküm niteliğindedir.” Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 623.

[62] “Fiil sabit ise ve suç da teşkil ediyorsa, sanığın ceza sorumluluğu bulunup bulunmadığı araştırılır. Varsa mahkûmiyet kararı verilir ve sanığa uygulanacak yaptırım belirlenir.” Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı (Ankara: Seçkin, 2016), 774.

Diğer yandan aynı maddenin (6) numaralı fıkrası “*sanığın yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükümlenacağı*” düzenlenmiştir. Sanığın suçu işlediğinin sabit olduğu sonucuna ulaşılması *delillerin değerlendirilmesi ve olguların tespiti sonrasında (isnadın esası incelenerek) kişinin cezai sorumluluğu hakkında* bir sonuca ulaşılması ile mümkün olduğundan bu halde bir esas incelemesinin yapıldığını söylemek gerekir. Bu doğrultuda anılan tespit üzerine *mahkûmiyet yerine güvenlik tedbirine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine* hükmedilen her iki halde de *ne bis in idem* ilkesine aykırılık incelemesi için gerekli şartın gerçekleştiği açıktır.

iii. Ceza Verilmesine Yer Olmadığına İlişkin Hüküm

5271 sayılı Kanun’un 223. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında^[63] aşağıdaki kurala yer verilmiştir:

“(3) Sanık hakkında;

a) Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması,

b) (Değişik: 25/5/2005–5353/30 md.) Yüklenen suçun *hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali* ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,

c) *Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması,*

d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya^[64] düşülmesi,

Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

(4) İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen;

[63] İtali yazılı olan hallerin vergi kaçakçılığı suçlarında uygulamada pek karşılaşılabilecek nitelikte haller olmadığı belirtilmelidir.

[64] 5237 sayılı Kanun’un 30. maddesinde hata halleri düzenlenmiştir. Kanun’un anılan maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca hatanın kaçınılmaz olduğunun ceza mahkemesince kabulü gerekmektedir.

- a) Etkin pişmanlık,^[65]
- b) Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı,
- c) Karşılıklı hakaret,
- d) İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı,

Dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.”

Teorik açıdan bakıldığında ceza mahkemesinin kamu davasını *ceza verilmesine yer olmadığı* hükmüyle sonuçlandırması için öncelikle suçun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini ve olayda bir hukuk uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını incelemesi gerekir.^[66] Bundan sonra mahkeme olayda sanığın kusurlu addedilmesine engel bir halin mevcudiyetini ya da işlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen maddede sayılan nedenlerle faile ceza verilmesine engel bir halin bulunduğunu saptadığı takdirde *ceza verilmesine yer olmadığı* yönünde hüküm kuracaktır.^[67]

Bu hükmün verilmesi teorik açıdan da olsa dosyada mevcut *delillerin değerlendirilmesi ve olguların tespitini*, yani *isnadın esasının incelenmesini* gerekli kılmaktadır. Nitekim maddenin (9) numaralı fıkrasında *derhâl beraat kararı verilebilecek hâllerde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemeyeceğinin* belirtilmesi de beraat kararının verilme koşulları ile bunların

[65] 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinin sondan bir önceki fıkrası ile 371. maddesi ile bağlantılı okunabilir.

[66] “Sanığın suçlu olduğu anlaşılırsa, sıra... sanığın sorumlu olup olmadığını araştırmaya gelecektir.” Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 772.

[67] Örneğin Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 8.12.2021 tarihli ve E. 2021/30905, K. 2021/28851 sayılı kararında bahsedilen şekilde bir hüküm kurulmadığından aşağıdaki gerekçeyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir:

“...1) Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği bulunmadığı saptanan sanığın, *savunması tespit edilip, yükletilen suça ilişkin tüm kanıtlar gösterilip tartışıldıktan sonra, suçun kanıtlanması halinde* TCK'nın 32/1 ve 57. maddeleri uyarınca akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunması, *kanıt bulunmaması halinde* ise beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle doğrudan ceza verilmesine yer olmadığına ve güvenlik tedbiri uygulanmasına karar verilmesi...” (vurgular yazara aittir)

mahiyeti gözetildiğinde ulaşılan bu sonucu doğrulamaktadır. Dolayısıyla *ceza verilmesine yer olmadığı* hükmünün de kesinleştiği takdirde özerk yorum bağlamında bir beraat kararı olarak nitelenebileceği düşünülmektedir.

iv. Davanın Reddi

5271 sayılı Kanun'un 223. maddesinin (7) numaralı fıkrasında *aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verileceği* belirtilmiştir.

Ceza muhakemesi hukukunun temel prensiplerinden^[68] biri olan *ne bis in idem ilkesinin* bir uygulaması niteliğindeki bu hüküm türünün, suç isnadının esasına yönelik bir belirleme içermediği açıktır. Bununla birlikte vergi uyuşmazlığından doğan idari davada *ne bis in idem ilkesinin* uygulanma koşulları açısından, ceza yargılamasında bu hükmün verilmesine neden olan diğer ceza davasında ulaşılan sonucun esas alınması gerektiği açıktır.

v. Düşme ve Durma

5271 sayılı Kanun'un 223. maddesinin (8) numaralı fıkrasında Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verileceği belirtilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 64 ila 66. maddeleri uyarınca sanığın ölümü, af, zamanaşımı birer kamu davasının düşme nedenidir.^[69]

Ayrıca kuralda, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini

[68] Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 777.

[69] Ayrıca Kanun'un 73. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi de bir düşme nedeni olarak sayılmakla birlikte vergi kaçakçılığı suçu bu nitelikte bir suç değildir.

beklemek üzere, durma kararı verileceği ve bu karara itiraz edilebileceği ifade edilmiştir.^[70]

Bu hükümler, dosyada mevcut *delillerin değerlendirilmesi ve olguların tespitini, isnadın esasının incelememesini* gerekli kılmadığından bu kararların özerk yorum bağlamında beraat kararı olarak nitelenmesine olanak bulunmadığı düşünülmektedir.

vi. Adli Yargı Dışındaki Bir Yargı Merciiine Yönelik Görevsizlik Kararı

5271 sayılı Kanun'un 223. maddesinin (10) numaralı fıkrasında bu kararında hüküm niteliğinde olduğu belirtilmiş olmakla birlikte bu hüküm türünün isnadın esasına yönelik bir inceleme içermediği açıktır.

vii. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı

Kanunda bir hüküm türü olarak belirtilmeyen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yönelik 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasında aşağıdaki düzenlemeye yer verilmiştir:

“(5) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl^[71] veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri

[70] Bu yönden kararda şu açıklamaya yer verilmiştir:

“...Kanun'un 367. maddesine göre soruşturma, vergi incelemesi sonrasında oluşturulan vergi inceleme raporuna dayalı vergi suçu raporu ve idarenin mütalaasının Cumhuriyet başsavcılığına iletilmesi ile başlamaktadır. Ancak suçun işlendiğinin diğer yollarla öğrenilmesi durumunda idareden inceleme istenmektedir. İdarenin mütalaası dava şartı olduğundan her iki hâlde de mütalaa alınması gerekmekte, mütalaa alınmaksızın kovuşturma aşamasına geçilememektedir.” AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, §§ 14, 75, 80.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesinde öngörülen usulde alınmış vergi suçu raporunun ve idarenin mütalaasının yokluğu bir durma nedenidir. Ceza kovuşturması sırasında bu nedenle durma kararı verildiği halde rapor ya da mütalaanın sunulmayacağına anlaşılması halinde kamu davasının düşmesine karar verilir.

[71] 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanununun 562. maddesiyle bu fıkrada yer alan “bir yıl” ibaresi “iki yıl” olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.”

Anayasa Mahkemesi bir kararında *hükmün açıklanmasının geri bırakılması* yönündeki kararın niteliğini şu şekilde belirlemiştir:

“Buna karşılık hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen durumlarda sanığın suçlu olduğu konusunda ulaşılmış bir vicdani kanaat bulunmakta ve bu kanaat “kasten yeni bir suç” işlenmemesi şartına bağlı olarak hüküm ifade etmemektedir. Gerçekten, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, mahkûmiyet konusunda vicdani kanaate ulaşılmış mahkemenin, buna ilişkin hükmü açıklamayı belirli bir süre ertelemesini, bu süre zarfında hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ve bu süre sonunda kişinin başka suç işlememesi halinde açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilmesini ifade eder.”^[72]

5271 sayılı Kanun’un ilgili hükmü dikkate alındığında hükmün açıklanmasının geri bırakılması yolundaki kararın *delillerin değerlendirilmesi ve olguların tespiti, yani isnadın esasının incelememesi* sonucunda sanığın suçlu olduğu konusunda ulaşılmış bir kanaat bulunmaktadır. Ancak bu karar, mahkûmiyet hükmünün açıklanmasını belirli bir süre ertelenmesine ve bu süre zarfında hükmün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmasına neden olmaktadır.^[73] Denetim süresi içinde kişinin kasten yeni bir suç işlememesi halinde ise açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılacak ve *davanın düşmesine* karar verilecektir (5271 sayılı Kanun’un 231. maddesinin (10) numaralı fıkrası). Denetim süresi içinde kişinin kasten yeni bir suç işlemesi halinde, mahkeme hükmü açıklayacaktır (aynı maddenin (11) numaralı fıkrası).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması yolundaki karar isnadın esasının incelenmesi sonucunda sanığın suçu işlediği yönündeki bir kanaate dayalı ve itiraza tabi bir karar olsa da (aynı maddenin (12) numaralı fıkrası), bu kararın verildiği anda kesin ya da itirazın reddi halinde kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

[72] AYM, *Hüseyin Şahin* [GK], B. No: 2013/1728, 12/11/2014, § 40.

[73] Aynı yönde: ELA, *Vergi ve Ceza Hukukunda Sahte Belge ve Yanıltıcı Belge*, 110.

Vergi uyuşmazlığından doğan idari davalarda *ne bis in idem ilkesinin* koşulları incelenirken ceza yargılamasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması karar verilmiş olduğunun saptanması halinde, bunun bir kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü olarak değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Ancak denetim süresi içinde kişinin kasten bir yeni suç işlediğinin tespit edilmesi halinde hüküm açıklanacağından, bu mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi halinde idari davada değerlendirmeye esas alınması gerekecektir.

2- Kesin Olma/Kesinleşme Kavramlarının Özerk Yorumu

Anayasa Mahkemesi *ne bis in idem ilkesine* aykırılık incelemesinde kesin olma/kesinleşme kavramlarının da özek olarak yorumlayacağını belirtmiştir. Bu kapsamda Mahkeme bu kavramlardan “*ilgili kararın kanun yolu öngörülmemesi nedeniyle verildiği anda kesin olması veya olağan kanun yolları tüketilerek ya da bunlara başvuru için öngörülmüş sürelerde başvuru yapılmadan geçirilerek kesinleşmiş olması*”^[74] nı anlamaktadır.

İdari davada ilkeye aykırılık değerlendirmesinde özerk olarak yorumlanan *beraat* ya da *mahkûmiyet* kararlarının varlığı araştırılırken bunların verildiği anda kesin olup olmadığı ya da kesinleşmiş olup olmadığının da özerk bir yorumla ele alınması gerekir.

3- “Ceza” Süreçlerinin Farklılığı Koşulu

Anayasa Mahkemesi, *ne bis in idem ilkesine* aykırılık incelemesinde üçüncü koşul olarak “ceza” ya ilişkin sürecin birden fazla olup olmadığının inceleneceğini açıklamıştır. Bu bağlamda ilkenin, bir kişinin “*aynı fiilden dolayı iki kere ceza verilmemesini değil kişinin aynı fiilden dolayı tekrar*

[74] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 29; AİHM *Zolotukhin/Rusya* kararında bu konuda şu şekilde bir belirlemede bulunmuştur:

“Mahkeme, 7 No.lu Protokol’ün 4. maddesinin amacının “nihai” bir kararla sonuçlanan ceza yargılamalarının tekrarını yasaklamak olduğunu yineler... Ceza Kararlarının Uluslararası Geçerliliğine İlişkin Avrupa Sözleşmesi’ne atıfta bulunan 7 No.lu Protokol’ün Açıklayıcı Raporuna göre, “bir karar, ‘geleneksel ifadeye göre kesin hüküm niteliğini kazanmışsa’ kesindir. ‘Kararın geri alınamaz (değiştirilemez) olduğu, yani başka olağan hukuk yollarının bulunmadığı veya tarafların bu başvuru yollarını tükettiği veya bunlardan yararlanmaksızın süre sınırının sona ermesine izin verdiği hallerde bu durum gerçekleşir.” AİHM, *Zolotukhin/Rusya* [BD], B. No: 14939/03, 10/2/2009, § 107.

(yeniden) yargılanamamasını ve bu yargılamaya bağlı olarak cezalandırılmamasını” koruduğunu önemle belirtmiştir. Bu tespitini aksi durumla değerlendiren Mahkeme, ceza ile ilgili birden fazla süreç bulunmadığında yani kişiye “aynı” yargılama sürecinde birden fazla yaptırım uygulandığında, bu durumun tek başına ilkenin sağladığı güvenceyi zedelemeyebileceğini ifade etmiştir.^[75]

Vergi kaçakçılık suçu ve vergi kabahati birbirinden farklı usullere tabi iki ayrı sürecin yürütülmesine vücut vermektedir.

4- “Fiil”lerin Aynılığı Koşulu

Anayasa Mahkemesi ilkeye aykırılık koşullarını incelerken süreçlerin yürütülmesinin aynı fiilden kaynaklanıp kaynaklanmadığını (*fiilin/olgunun aynı olup olmadığını*) araştırmakta; *fiile ilişkin zamansal, mekânsal ve olgusal aynılığın sağlanmasını* şart koşmaktadır.^[76] Mahkeme bu hususu şu şekilde açıklamıştır:

“Aynı fiilden söz edilebilmesi için birden fazla takibat ya da cezaya kaynaklık eden olguların *bire bir aynı veya maddi olarak (büyük ölçüde) aynı* olgular olması ve aynı zamanda ve mekânda gerçekleşmesi gerekmektedir. Tek bir fiilin cezaya ilişkin iki farklı düzenlemede aynı biçimde ele alınması durumunda *birebir aynı* olma hâlinde, düzenlemelerde bazı farklılıklar bulunmakla birlikte bu farklılıkların önemsiz olması hâlinde *maddi olarak (büyük ölçüde) aynı* olma hâlinde söz edilebilecektir (benzer yönde AİHM, *Zolotukhin/Rusya* [BD], B. No: 14939/03, 10/02/2009, §§ 78-84, 97; *A ve B/Norveç* [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, § 108).^[77]

Anayasa Mahkemesi bu belirlemesini AİHM kararlarına dayandırmıştır. Bu konuda AİHM uygulamasını detaylı bir biçimde inceleyen Bahçeci, AİHS’ye ek Protokol’ün metninde mükerrerlik yasağının (idem) konusunun “fiil” değil “suç” olarak belirlenmesine rağmen AİHM’nin “suç” kavramını

[75] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 30.

[76] Ünal Gökıınar [GK], B. No: 2018/9115, 27/3/2019, § 56; AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 31.

[77] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 31.

iç hukuktaki anlamından bağımsız olarak ve bu anlamıyla kısıtlı olmadan özerk bir biçimde yorumladığını belirtmektedir.^[78]

Yazar, AİHM'nin *Zolotukhin* kararına kadar olan ayrı yaklaşımlarını detaylı bir biçimde irdelemiştir. Buna göre birinci grup kararlarda fiilin iç hukukta ne şekilde sınıflandırıldığı değil, fiilin kendisi esas alınmıştır. İkinci grup kararlarda “tek bir hareket sonucunda ortaya çıkan birden çok suç nedeniyle birden çok ceza verilmesinin aynı fiilden ceza verilmesi yasağı ile özdeş olmadığına işaret” edilmiştir. Üçüncü grup kararlarda ise “ihtilaf konusunu oluşturan birden çok suçun temel unsurunun birbirlerinden farklı olup olmadığı dikkate alarak bir sonuca” ulaşılmıştır.^[79]

Bahçeci, ayrıca AİHM'nin daha önceki tarihlerde verdiği kararlarında ayniyet unsurunun belirlenmesinde dayandığı “esaslı unsur” yaklaşımını terk ederek *Zolotukhin/Rusya*^[80] kararında “aynı olaylar veya özünde aynı olan olaylar” yaklaşımını benimsediğini ifade etmektedir. Ayrıca yazar, Mahkemenin *Glantz/Finlandiya*^[81] kararında *Zolotukhin/Rusya* kararına atıfla “olayda hem cezai hem de idari yaptırımların başvuranın gerçeğe aykırı (düşük) vergi beyanından doğduğunu” belirlediğini, bu nedenle “olayda iki farklı cezaya tabi tutulan fiil(in) aynı” olduğunu açıklamıştır.^[82]

[78] Bahçeci, “İHAM'ın Vergi Cezalarında,” 148.

[79] Bahçeci, “İHAM İctihadında,” 259-263.

[80] AİHM, *Zolotukhin/Rusya*, [BD], B. No: 14939/03, 10/02/2019, § 84.

[81] AİHM, *Glantz/Finlandiya*, B. No:37394/11, 20/05/2014, § 52.

[82] Bahçeci, “İHAM'ın Vergi Cezalarında,” 149-50; Aynı yönde Geçer, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin,” 115; AİHM'nin *Zolotukhin* kararında belirlediği ilkelerin *Glantz* kararıyla vergilendirme alanına uygulandığını belirten ve *Glantz* karardan önce vergilendirme alanında uygulamaları *Ponsetti ve Chesnell/Fransa* [(k.k.), B. No: 36855/97 ve 41731/98, 14/9/1999], *Nils-Inge Rosenquist/İsveç* [(k.k.), B. No: 60619/00, 14/9/2004], *J.B./İsviçre* [(k.k.), B. No: 31827/96, 6/4/2000] *Manasson/İsveç*, [(k.k.), B. No: 41265/98, 8/4/2003] kararları bağlamında inceleyen bir başka çalışma için bkz: Yaltı, “İHAM'ın Glantz Kararının,” 86-87.

Bahçeci'nin işaret ettiği paragrafa bakıldığında kararda AİHM'nin şu hususu vurguladığı görülmektedir:

“Buna göre Mahkeme, 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin, esas olarak *aynı olaylardan veya önemli ölçüde aynı olaylardan* kaynaklandığı sürece, ikinci bir “suçun” kovuşturulmasını veya (bununla ilgili) yargılama yapılmasını yasakladığı

Son olarak yazar, aynıyet unsuru açısından *Zolotukhin* kararında benim-senen yeni “aynı olaylardan veya önemli ölçüde aynı olaylardan”^[83] kaynaklanma yaklaşımının somutlaştığı bir dizi davaya değinmiştir:

i. “Ruotsalainen/Finlandiya kararında, aracına mazot yerine daha düşük vergi yüküne sahip bir yakıt kullandığı anlaşılan başvurucuya, uygulanan basit vergi kaçakçılığı gerekçesiyle para cezası ile ceza niteliği taşıyan ikinci bir mali yaptırım uygulanmış, her iki cezanın da niteliği ve özü itibari ile aynı olaydan kaynaklandığı” belirlenmiştir.^[84]

ii. “Glantz/Finlandiya kararına konu olayda ise vergi kaçakçılığı yaptığı tespit edilen başvuru hakkında hem hapis cezası verilmiş, hem de para cezası niteliğinde bir ek mali yükümlülük (surcharge) uygulanmıştır.

şeklinde anlaşılması gerektiği görüşünü benimsemiştir” AİHM, *Glantz/Finlandiya* (B. No:37394/11, 20/05/2014, § 52; *mutatis mutandis*, AİHM, *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda*, B. No: 22007/11, 18/5/2017, § 45.

Glantz kararının devamında AİHM şu belirlemede bulunmuştur:

“Bu nedenle, aynı davalıyla ilgili olan ve zaman ve mekânda ayrılmaz bir şekilde birbirine bağlı bir dizi somut olgusal koşul oluşturan ve mahkûmiyeti güvence altına almak veya cezai kovuşturma başlatmak için varlığının kanıtlanması gereken olaylara odaklanmak önemliydi” AİHM, *Glantz/Finlandiya* (B. No:37394/11, 20/05/2014, § 52.

[83] Yaltı, aynı kavramı “birebir aynı veya esaslı şekilde aynı olaylardan doğan” şeklinde yorumlayarak Türkçeleştirmektedir. Yaltı, “İHAM’ın Glantz Kararının,” 89.

[84] Bahçeci, “İHAM İçtihadında,” 264; Kararın anılan bölümü şu şekilde çevrilebilir: “Özetle, başvuru aleyhine ivedi ceza kararı verilmesine neden olan olaylar, kullanım için ek vergi ödmeden kamyonetinde mazottan daha düşük oranda/tutarda vergilendirilmiş yakıt kullanmasına ilişkindir. Yakıt ücreti farkı, başvuru kamyonetini dizel yakıtı göre daha düşük vergilendirilmiş yakıtla çalıştırması nedeniyle uygulanmış ve başvuru bu durumu önceden bildirmemiş için tutar üç katına çıkarılmıştır. Bu son faktörün, yukarıda, yeniden suç işlemeyi caydırmak için bir ceza teşkil ettiği kabul edilmiştir. Bu nedenle, her ne kadar ilk yargılamada kasıt gerekliliği mevcut olsa da iki davadaki olgular pek farklı değildir. AİHM, bu nedenle, iki suça ilişkin olguların, 7 No.lu Protokol’ün 4. maddesinin amaçları açısından esas itibarıyla aynı kabul edilmesi gerektiği kanaatindedir. Mahkeme’nin de belirttiği gibi, iki suça ilişkin olgular, Mahkeme’nin tek karşılaştırma noktası olarak hizmet etmektedir (bkz. *Sergey Zolotukhin/Rusya* [BD], yukarıda anılan, § 97).” AİHM, *Ruotsalainen/Finlandiya*, B. No: 13079/03, 16/6/2009, § 56.

Mahkeme Zolotukhin kararına atıf yaparak olayda hem cezai hem de idari yaptırımların başvuranın vergi kaçırmasından doğduğunu belirlemiştir. Dolayısıyla bu olayda iki farklı cezaya tabi tutulan fiil aynıdır (idem).”^[85]

iii. Yazar *Lucky Dev/İsveç* kararında ise AİHM'nin “başvurucu hakkındaki vergi kaçakçılığı suçlamasıyla ceza niteliği taşıyan ek yükümlülük yaptırımının, başvurunun gerçek dışı vergi beyanıyla aynı döneme ait aynı miktardaki vergiyi vergilendirme dışı bırakma fiiline karşılık uygulandığı gözetilerek ayniyet (idem) unsurunun var olduğu” tespitinde bulunduğu ne var ki aralarında olay ve olgusal farklılık nedeniyle “başvurucu hakkında defter tutmadaki usulsüzlüğü nedeniyle yürütülen cezai kovuşturma ile vergi kaçakçılığı suçu arasında bir ayniyet olmadığı” saptamasında bulunduğu ve bu belirlemesini “vergi kaçakçılığı suçunun defterlerde usulsüzlük yapılmadan da işlenebilecek nitelikte” olmasına dayandırdığına işaret etmiştir.^[86]

- [85] Bahçeci, “İHAM İçtihadında,” 264; Kararın anılan bölümü şu şekilde çevrilebilir:
- “Mevcut davada taraflar, her iki davanın da aynı olgulardan kaynaklandığı konusunda hemfikir. Mahkeme taraflarla aynı kanıdadır: Her iki yargılama da aynı başvurunun gelirini beyan etmemesinden kaynaklanmıştır. Her iki yargılama da en azından kısmen, aynı zaman periyoduna ve yaklaşık olarak kaçırılan aynı miktarda vergilere ilişkindir.” (*Glantz/Finlandiya*, B. No: 37394/11, 20/05/2014, § 53)
- [86] Bahçeci, “İHAM İçtihadında,” 264-265; Kararın anılan bölümü şu şekilde çevrilebilir:
- “53. Mevcut davadaki ceza yargılamasında, başvuru, ağırlaştırılmış vergi suçu ve ağırlaştırılmış defter tutma suçuyla itham edilmiştir. Bölge Mahkemesi, başvuru ilki suçtan beraat ettirmiş, ancak ikinci suçtan mahkûm etmiştir. Her iki taraf da vergi suçuna ilişkin suçlamanın altında yatan olguların, en azından önemli ölçüde vergisel ek mali yükümlülüklerin uygulanmasına yol açan olgularla aynı olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet, defter tutma suçuna ilişkin olarak böyle bir uyum olmadığını iddia etmiştir.
54. Vergi suçu söz konusu olduğunda, Mahkeme taraflarla aynı fikirdedir. Başvurunun suçlanması ve vergisel ek mali yükümlülüklerin uygulanması, aynı ticari gelir ve KDV'yi beyan etmemesine dayanmaktadır. Ayrıca, vergi yargılaması ve ceza kovuşturması aynı dönemi ve esasen aynı miktarda kaçırılan vergileri ilgilendirmektedir. Dolayısıyla bu açıdan ne bis in idem ilkesinin idem unsuru mevcuttur.
55. Ancak defter tutma suçu açısından durum farklıdır. Mahkeme tarafından önceki davalarda gözlemlendiği gibi (bkz. *Manasson/İsveç* (k.k.), B. No:41265/98, 20/07/2004, s. 22-23 ve *Carlberg/İsveç*, B. No: 9631/04, 27/01/2009, §§ 69-70, 27

AIHM yakın tarihlerde *Zolotukhin/Rusya* ve *A ve B/Norveç* kararlarında benimsediği ilkeleri uygulayarak bir dizi karar vermiştir. Bu kararlarda Mahkemenin “7 No.lu Protokolün 4. maddesindeki *ne bis in idem* ilkesinin *idem* unsurunu teşkil eden “aynı suç” kavramının aynı olaylardan veya büyük ölçüde aynı olan olaylardan ortaya çıktığı kadarıyla ikinci bir “suçun” kovuşturulmasının veya (sanığın) mahkûm edilmesinin yasaklanması olarak anlaşılması” gerektiğini vurguladığı görülmektedir.^[87]

Bunlardan *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda* kararında, ceza yargılamasında, başvuruçuların, ağırlaştırılmış vergi suçları nedeniyle suçlandığı ve mahkûm edildiği ifade edilmiştir. Mahkeme, her iki tarafın da iddia-name ve mahkûmiyetin altında yatan olayların vergisel ek yükümlülüklerin uygulanmasına yol açanlarla aynı veya büyük ölçüde aynı olduğunu ileri sürdüğüne ve yerel mahkemelerin de bu yönde tespitte bulunduğu işaret etmiştir. AIHM bu konuda taraflarla aynı fikirde olduğunu beyan etmiştir. Mahkeme’ye göre “başvuruçuların mahkûm edilmesi ve ek vergisel yükümlülüklerin uygulanması, aynı gelirin beyan dışı bırakılmasına dayanmaktadır. Ayrıca, vergi yargılaması ve ceza kovuşturması aynı zaman dilimini ve esasen kaçırılan aynı miktarda vergileri ilgilendirmektedir. Sonuç olarak *ne bis in idem* ilkesinin *idem* unsuru mevcuttur.”^[88]

Ocak 2009) bir iş adamının defterlere doğru rakamları girme yükümlülüğü, vergi yükümlülüğünün belirlenmesi için muhasebe kayıtlarının kullanımına bağlı olmayan, ayrı bir yükümlülüktür. Başka bir deyişle, başvuruçucu, yasal defter tutma şartlarını yerine getirmemiş olmakla birlikte örneğin, defterlerde yer alan bilgileri düzelterek veya bir vergi tarhiyatının temelini yeterince oluşturabilecek diğer materyalleri Vergi Dairesine ibraz ederek yeterli ve doğru bilgi verme görevini yerine getirmiş olabilir. Buna göre, başvuruçunun vergi beyannamesinde ileri sürülen iddia ve beyanları desteklemek için idareye defter tutma hususunda gerçeğe aykırı materyal sunması ve idareye vergi tarhiyatını dayandırabileceği diğer güvenilir belgeleri sağlamaması, vergi yargılamasında defter tutma suçundan mahkûmiyetinin bir parçası olmayan önemli ek olgular teşkil etmiştir. Bu koşullar altında, söz konusu iki suç, başvuruçunun aynı suçtan iki kez cezalandırılmadığı sonucuna varmak için yeterince farklıdır. Dolayısıyla, başvuruçunun ağırlaştırılmış defter tutma suçundan yargılanması ve mahkûm edilmesi, 7 No.lu Protokol’ün 4. maddesinin gerekliliklerine uyulmadığını ortaya koymamaktadır.” AIHM, *Lucky Dev/İsveç*, B. No: 7356/10, 27/11/2014, 27/11/2014, §§ 53-55.

[87] AIHM, *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda*, B. No: 22007/11, 18/5/2017, § 45.

[88] AIHM, *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda*, B. No: 22007/11, 18/5/2017, §§ 45-47.

Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda, Ragnar Thorisson/İzlanda ve Bjarni Ármannsson/İzlanda kararlarında da AİHM, başvuruçunun mahkûmiyeti ve ek vergisel yükümlülüklerin uygulanmasının, aynı gelirin beyan dışı bırakılmasına dayandığını ve ayrıca, vergi yargılaması ve ceza kovuşturmasının aynı zaman dilimini ve kaçırılan aynı miktarda vergileri ilgilendirdiğini belirtmiş ve *idem* unsuru yönünden aynı sonuca ulaşmıştır.^[89]

İptal kararına geri döndüğümüzde vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatini objektif ve subjektif bağlantı bağlamında örnekleme yoluyla inceleyen Anayasa Mahkemesinin şu tespitte bulunduğunu görmekteyiz:

“Subjektif bağlantı durumunda aynı fail tarafından aynı fiil ile veya farklı fiillerle bağlantılı olarak kaçakçılık suçu ve vergi kabahatleri işlenebilmektedir. Örneğin gerçek kişi mükellef tarafından çift defter kullanma durumunda, aynı fiil ile hem kaçakçılık suçu hem de vergi ziyai kabahati işlenmiş olacak; sahte belge düzenlenerek satış yapıp buradan elde edilen gelirin beyan edilmemesi durumunda ise farklı fakat bağlantılı fiiller ile kaçakçılık suçu ve vergi ziyai kabahati işlenmiş olacaktır. Objektif bağlantı durumunda ise farklı failler tarafından gerek aynı mükellefiyet kapsamında gerekse farklı mükellefiyetler kapsamında bağlantılı olarak vergi kaçakçılığı suçu ve vergi kabahatleri işlenebilmektedir. Örneğin tüzel kişi mükellefin temsilcisi tarafından çift defter tutulması durumunda, aynı fiil ile hem vergi kaçakçılığı suçu hem de vergi ziyai kabahati işlenecek ancak kaçakçılık suçu bakımından temsilci cezalandırılacakken vergi ziyai kabahati dolayısıyla verilen vergi cezası, 213 sayılı Kanun'un 333. maddesi gereğince tüzel kişilik adına kesilecektir. Bu durumda suç ve kabahat aynı fiil ile işlenmiş olsa da failler farklılaşmış olacaktır.”^[90]

Anayasa Mahkemesi kararının farklı paragraflarında bulunan değerlendirmeler *ne bis in idem* ilkesinin amacı ve mahiyeti ile AİHM'nin aynı konuda benimsediği “(aynı davalıyla ilgili olan ve zaman ve mekânda ayrılmaz bir şekilde birbirine bağlı bir dizi somut olgusal koşul oluşturan) aynı olaylardan veya önemli ölçüde aynı olaylardan” kaynaklanma yaklaşımı göz önünde bulundurularak bir arada okunduğunda ilkeye aykırılık değerlendirmesinde

[89] AİHM, *Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda* (k.k.), B. No: 22779/14, 04/12/2018, §§ 47-49; AİHM, *Ragnar Thorisson/İzlanda*, B. No: 52623/14, 12/02/2019, §§ 35-37; AİHM, *Bjarni Ármannsson/İzlanda*, B. No: 72098/14, 16/04/2019, §§ 42-44.

[90] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 24.

- (i) aynı kişi tarafından aynı fiille vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatinin birlikte işlenmesi^[91] kadar
- (ii) aynı kişi tarafından farklı fakat bağlantılı fiillerle bu suç ve kabahatin birlikte işlenmesinin

de dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Daha önce tespit edildiği üzere Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında farklı kişilerin aynı olguya dayalı fiillerini *ne bis in idem ilkesinin* kapsamı dışında tuttuğunu ayrıca belirtmek gerekir.

Ne bis in idem ilkesi açısından yapılacak değerlendirmede unsuru açısından öncelikle suç ve kabahate konu aynı fiil/farklı fakat bağlantılı fiillerin aynı olaylardan veya önemli ölçüde aynı olaylardan kaynaklanması, aynıyetin (idem) tespitinde fiillerin aynı dönemi ve aynı miktarda vergiyi ilgilendirmesi^[92], aynı zamanda ve mekânda gerçekleşmesi^[93] gibi ölçütlerin de göz önünde bulundurulabileceği düşünülmektedir. Bu tespitten sonra işletilen farklı prosedürlerin mükerrer olup olmadığı (bis) değerlendirilecektir.^[94]

Vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatinin aynı fiille ya da farklı fakat bağlantılı fiille birlikte işlendiği hallerden uygulamada en çok karşılaşılanlar sahte/muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme, sahte/muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı fatura kullanma ve usulüne uygun istenildiği halde defter ve belgelerin vergi incelemesine ibraz edilmemesidir.

Sahte/muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme fiilinde fail vergi kaçakçılığı suçu nedeniyle ceza soruşturması ve kovuşturmasına muhatap olmakta; aynı zamanda farklı fakat bağlantılı nitelikteki “düzenleme fiilinden elde edilen komisyon geliri beyan edilmeyerek verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi” kabahati nedeniyle de adına vergi ziyai cezası kesilmektedir.

[91] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 74.

[92] AİHM, *Lucky Dev/İsveç*, B. No: 7356/10, 27/11/2014, 27/11/2014, § 54.

[93] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 31.

[94] Bahçeci, “İHAM İçtihadında,” 257; Selim Gündoğdu, “Vergi İdari Yargılaması ve Vergi Ceza Yargılamasında Aynı Fiilin Farklı Nitelendirilmesinin Hukuki Güvenlik ve Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi,” içinde *İnsan Hakları Komisyonu Çalışmaları 6. Dönem (2020-21)* (Ankara: Danıştay Yayınları, 2021), 362.

Sahte/muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanmada ceza soruşturması ve kovuşturması kullanma fiili nedeniyle yürütülmekte; idari yaptırım ise farklı fakat bağlantılı nitelikteki “bu belgelerin kullanılması nedeniyle verginin eksik tahakkuk etmesi” fiiline dayanmaktadır.

Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgelerin usulüne uygun şekilde istenildiği halde vergi incelemesine ibraz edilmemesi halinde ise gizleme fiili ceza soruşturma ve kovuşturmasına vücut vermektedir. Ayrıca idare vergilendirme ile ilgili ibraz ödevinin zamanında yerine getirilmemesi nedeniyle katma değer vergisi indiriminde ispat koşulunun sağlanmadığı olgusuna dayanarak farklı fakat bağlantılı nitelikteki “verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi veya eksik tahakkuk ettirilmesi” fiilinin işlendiği gerekçesiyle idari yaptırım uygulamaktadır.

5- İlkeye Aykırılık Hali ve İstisnaları

Anayasa Mahkemesi yukarıda anılan dört koşulun bir arada gerçekleşmesinin *ne bis in idem ilkesine* aykırılık halini oluşturduğunu belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi, aynı fail tarafından aynı fiille vergi kaçakçılığı suçu ve vergi kabahatinin işlenmesi durumunda *ne bis in idem ilkesine* aykırılığın gerçekleşebilmesi için “*yargılama/cezalandırma sürecinin kesin/kesinleşmiş mahkûmiyet veya beraat hükmüyle sonuçlanmış olması*, ikincisi ise, *tekrar (yeniden) ceza ile ilgili bir yargılama/cezalandırma sürecinin işletilmesi*” gerektiğini vurgulamaktadır.^[95]

Ancak bu ilkeye aykırılık durumun uluslararası hukukta da kabul edilen bazı istisnalarının olabileceğini açıklamıştır.^[96] Buna göre ilkenin üç istisnası vardır:

- (i) *yeni delil ortaya çıkması*
- (ii) *davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı*

[95] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 74.

[96] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 32.

(iii) (şeklen birden fazla olsalar bile) cezaya ilişkin süreçlerin *bir bütünün parçaları olacak şekilde bağlantılı bir biçimde yürütülmesi*^[97]

Anayasa Mahkemesi bunlardan ilk ikisine “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ek 7 No.lu Protokol’ün 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer” verildiğini ve bunların “*Türk hukukunda kanunlarda kabul*” edildiğini belirtmiş, üçüncü istisnai halin ise AİHM içtihatlarıyla geliştirildiğini açıklamıştır.^[98]

Vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatine ilişkin iki ayrı “ceza” sürecinin yürütülmesi ilkeye aykırılık oluşturmaktadır. Bununla birlikte bu süreçlerin bir bütünün parçaları şeklinde bağlantılı yürütülmesi durumunda ilkeye aykırı bir durum ortaya çıkmayacaktır.

6- İlkeye Aykırılığın Oluşmasını Engelleyen Bağlantılı Yürütülmeye Esas Alınacak Kriterler

Anayasa Mahkemesi “(aynı fiile ilişkin farklı hukuk disiplinleri kapsamında yürütülen cezaya ilişkin süreçler bağlamında) -AİHM içtihadında ortaya konulanlara benzer şekilde^[99]- şu kriterlerin dikkate alınması” gerektiğini açıklamıştır:

- “- Birden fazla sürecin hukuka aykırı aynı fiilin farklı yönlerini ele almak üzere birbirini *tamamlayıcı farklı amaçlar takip edip etmediği*;
- Aynı fiile ilişkin birden fazla sürecin yürütülebileceğinin *öngörülebilir* olup olmadığı^[100];

[97] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 32; Hakan Üzeltürk, “Ne Bis İn İdem: Bir Anayasa Mahkemesi Kararı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XVI*, no. 2 (2019): 231.

[98] AİHM, *A ve B/Norveç* [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, § 130; AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 32.

[99] AİHM, *A ve B/Norveç* [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, §§ 132-134.

[100] AİHM, *A ve B/Norveç* kararında öngörülebilirliğin hem yasal düzelmede hem de uygulamada sağlanması gerektiği de vurgulanmıştır. AİHM, *A ve B/Norveç* [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, §§ 132-133.

- Birden fazla süreç arasında mümkün olduğunca *delillerin toplanması ve değerlendirilmesi ile olguların tespitinde yeterli etkileşim sağlanıp sağlanmadığı*, bu kapsamda birden fazla bağımsız süreç yürütüldüğü izlenimi verecek şekilde herhangi bir tekrarın oluşmasından kaçınılıp kaçınılmadığı, özellikle farklı yetkili makamlar tarafından bir süreçte tespit edilen olguların diğer süreçte de kullanılmasına özen gösterilip gösterilmediği;
- Kişilerin, haklarında yürütülen birden fazla süreç sonunda tek bir süreç yürütülmüş olsaydı karşılaştıkları külfete göre aşırı bir külfet yüklenmesini önlemek için *ilk olarak kesinleşen süreçte uygulanan yaptırımın sonradan kesinleşende dikkate alınıp alınmadığı*;
- Yukarıda unsurlarına yer verilen maddi yönden bağlantının sağlanması hâlinde her iki sürecin *zaman yönünden de bağlantılı* olup olmadığı (Bu bağlamda bir sürecin diğer sürecin tamamlanmasından sonra makul bir süre içerisinde sonlandırılıp sonlandırılmadığının değerlendirilmesi gerekir).^[101]

Aynı kişi tarafından aynı fiille/farklı fakat bağlantılı fiillerle vergi kaçaklığı suçu ile vergi kabahati işlendiğinde aynı vergi incelemesine dayalı olarak başlayan ve farklı hukuk düzenlerinde yürüyen bu süreçlerin *ne bis in idem ilkesine* aykırılık oluşturmaması için süreçler arasında yukarıdaki şartlar dâhilinde bir bağlantı kurulması ve süreçlerin maddi yönden ve zaman yönünden bir bağlantı içinde yürütülmesi gerekir.^[102] Bu şartlar *tamamlayıcılık, öngörülebilirlik, eş güdüm (delil etkilişimi-ölçülülük) ve zamansal uyum* olarak bir araya toplanabilir.

[101] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 33; AİHM, *A ve B/Norveç* [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, § 130:

“...7 No.lu Protokol’ün 4. maddesi, belirli koşulların yerine getirilmesi koşuluyla, ... ikili yargılamanın yürütülmesini dışlamaz. Özellikle, Mahkeme’nin, 7 No.lu Protokol’ün 4. maddesinde yasaklandığı üzere, yargılamanın veya cezanın tekrarı (bis) olmadığına ikna olması için, davalı Devlet, söz konusu ikili yargılamanın “esas itibarıyla ve zaman yönünden yeterince yakından bağlantılı olduğunu” ikna edici bir şekilde göstermelidir. Başka bir deyişle, tutarlı bir bütün oluşturacak şekilde entegre olmuş bir şekilde birleştirildiklerinin gösterilmesi gerekir. Bu, yalnızca izlenen amaçların ve bu amaçlara ulaşmak için kullanılan araçların özünde birbirini tamamlayıcı ve zamanla bağlantılı olması gerektiğini değil, aynı zamanda ilgili davranışa hukuki yaklaşımın bu şekilde düzenlenmesinin olası sonuçlarının etkilenen kişiler açısından orantılı ve öngörülebilir olması gerektiği anlamına gelir.”

[102] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 77.

Nitekim kuralın iptali istemiyle somut norm denetimine başvurulma nedenleri arasında birbirinden farklı iki hukuk düzeninde farklı yargılama usullerine tabi kılınarak yürütülen iki ayrı süreçte vergi mahkemeleri ile ceza mahkemeleri arasında açık bir etkileşimin bulunmaması ve verilen kararların çelişmesinin hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğuna dikkat çekildiği görülmektedir. Bir başka ifadeyle *ne bis in idem ilkesine* aykırılığa istisna oluşturan hallerden üçüncüsü için aranan şartların itiraza konu kural nedeniyle gerçekleşmediği ileri sürülmektedir.^[103]

Aynı kişi hakkında bağlantılı fiilleri nedeniyle yürütülen ve hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren vergi kaçakçılığı suçu ile idari yaptırım gerektiren vergi kabahatine ilişkin süreçlerden hangisinin daha önce başlayacağına ilişkin yasal bir belirleme bulunmamaktadır.^[104] Anayasa Mahkemesi *ne bis in idem ilkesinin* “*bir bütünün parçaları olacak biçimde bağlantılı yürütülmelerine ilişkin güvencelerin sağlanması halinde*” “*ikili bir yargılama cezalandırma sürecini, dolayısıyla birden fazla cezanın uygulanmasını*” dışlamadığını belirtmektedir.^[105]

a) Süreçlerin Tamamlayıcı Amaç Taşınması

i. Anayasa Mahkemesinin Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesi tamamlayıcılığın “*hukuk düzeninin farklı disiplinleri tarafından hukuka aykırı fiilin farklı yönlerine odaklanılıp odaklanılmadığıyla ilgili*”^[106] olduğunu belirtmektedir. Mahkeme, “*farklı hukuki değerleri koruyan*” vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin adli ile vergi kabahatine ilişkin idari cezalandırılma usulünün tamamlayıcı amaçlar izlediği sonucuna ulaşırken^[107] aşağıdaki belirlemeden hareket etmiştir:

“Kaçakçılık suçunda amaç genel olarak suçu oluşturan hukuka aykırı fiilleri işleyenleri cezalandırmak, bu yolla kişileri bu eylemleri işlemekten caydırmak,

[103] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 34.

[104] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 55.

[105] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, §§ 58, 77.

[106] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 78.

[107] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 78.

suç olarak düzenlenen her bir fiilin yasaklanmasıyla kamu düzenini korumaktır. Buna karşın, vergi kabahatleri nedeniyle yargısal bir karar olmaksızın idare hukuku usullerine göre uygulanan idari yaptırımların amacı, vergisel idari düzeni korumak, bu kapsamda mükellef ve sorumluların vergi kanunlarındaki yükümlülüklerine aykırı davranışlarına etkin ve caydırıcı yaptırım uygulamaktır.^[108]

ii. AİHM Uygulaması

AİHM *A ve B/Norveç* kararından sonra verdiği bir dizi kararda “süreçlerin tamamlayıcı amaç içermesi” şartını değerlendirmiştir. Başvurucuların mahkûm edilmesi ve vergi tarh edilerek ek vergisel yükümlülüklerin uygulanmasının, aynı gelirin beyan edilmemesine dayandığı *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda* kararında, vergi ve ceza yargılaması arasındaki maddi yönden bağlantının yanı sıra başvuruculara uygulanan farklı yaptırımları değerlendiren AİHM, öncelikle, bu süreçlerin vergi beyannamelerinin doldurulmasıyla ilgili yasal gereklilikler yönünden vergi mükelleflerinin mevzuata uymama sorununu ele almada tamamlayıcı amaçlar izlediklerini kabul etmiştir.^[109]

b) Cezalandırma Süreçlerinin Öngörülebilirliği

i. Anayasa Mahkemesinin Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesi, 213 sayılı Kanun'da vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçlerinin “yeterli belirlilikte düzenlendiği” sonucuna ulaşmıştır.^[110]

Mahkemenin öngörülebilirliği belirlilik içinde eriten bu yaklaşımı eleştiriye açıktır. Nitekim Mahkemenin daha önce bireysel başvuruda verdiği bir kararında^[111] bu kavramları ele alma yöntemindeki farklılıktan bu iki

[108] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 78.

[109] AİHM, *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda*, B. No: 22007/11, 18/5/2017, § 51; Aynı yönde: AİHM, *Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda*, (k.k.), B. No: 22779/14, 04/12/2018, § 58; AİHM, *Ragnar Thorisson/İzlanda*, B. No: 52623/14, 12/02/2019, § 46; AİHM, *Bjarni Ármannsson/İzlanda*, B. No: 72098/14, 16/04/2019, § 53.

[110] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 79.

[111] AYM, *Türkiye İş Bankası A.Ş. (9)*, B. No: 2016/2400, 3/4/2019, §§ 55- 64; §§ 65-68.

kavramın birbiriyle aynı hususu ifade etmediği sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu bağlamda belirlilik, failin aynı fiilinin/farklı fakat bağlantılı fiilinin hem vergi kaçakçılığı suçuna hem de vergi kabahatine vücut verebileceğinin ayrıca bu fiil nedeniyle hem hürriyeti bağlayıcı bir ceza uygulanmasını gerektiren bir ceza soruşturması ve kovuşturması sürecine hem de idari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir idari sürece tabi tutulabileceğinin yeterlilikte açıklıkta düzenlenmiş olmasıdır. Öngörülebilirlik ise failin fiili işlediği tarihte bu fiili işlemesi nedeniyle farklı yargılama/cezalandırma süreçlerine tabi tutulabileceğini algılayabildiği olmasıdır.

ii. AİHM Uygulaması

AİHM, *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda* kararında, başvurucuların davranışlarının sonuçlarının öngörülebilir olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre hem ek vergisel yükümlülüklerin uygulanması hem de vergi suçlarına ilişkin iddianame ve mahkûmiyet, bir vergi beyannamesinde doğru bilgi verilmemesi nedeniyle İzlanda yasalarına göre uygulanan eylemlerin ve yaptırımların bir parçasını oluşturmaktadır.^[112]

c) Süreçler Arasında Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi ile Olguların Tespitinde Yeterli Etkileşim Sağlanıp Sağlanmadığı, Süreçler Arası Zamansal Uyum ve Külfetin Orantılılığı

i. Anayasa Mahkemesinin Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesi, vergi kabahati nedeniyle yürütülen idari süreç ile vergi kaçakçılığı suçu nedeniyle yürütülen adli sürecin esas olarak aynı vergi incelemesine dayandığını; bu inceleme sonucunda düzenlenen vergi inceleme raporunun idari süreci, vergi suçu raporu ile mütalaanın ise adli süreci başlattığını belirtmektedir.^[113]

Mahkeme başlangıç aşamasında her iki sürece ilişkin idare tarafından vergi idaresi ile Cumhuriyet başsavcılığına sunulan delillerin *aynı* olduğuna dikkat

[112] AİHM, *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda*, B. No: 22007/11, 18/5/2017, § 51; Aynı yönde: AİHM, *Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda*, (k.k.), B. No: 22779/14, 04/12/2018, § 58; AİHM, *Ragnar Thorisson/İzlanda*, B. No: 52623/14, 12/02/2019, § 46; AİHM, *Bjarni Ármannsson/İzlanda*, B. No: 72098/14, 16/04/2019, § 53.

[113] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 80.

çekmiştir.^[114] Bundan sonra Mahkeme *ne bis in idem ilkesine* aykırılığın istisnai şartlarıyla bağdaşmayan durumları tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, iptal kararında, başlatılmasından sonraki aşamada süreçlerin “*tamamen birbirinden bağımsız olarak*” yürütüldüğünü ve Kanun'da “*süreçler arasında delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde herhangi bir tekrarın oluşmasını engelleyecek bir etkileşim*”in öngörülmediğini belirtmiştir.^[115]

Anayasa Mahkemesi, *zamansal uyum* açısından “idarenin ve ceza muhatabının karşılıklı olarak delillerini sunmaları aşamasında kısa bir dönem için” süreçlerin “paralel” yürütüldüğünü ancak daha sonra süreçlerin nihayete erdirilmesinde “*zamansal farklılıkların*” ortaya çıkabildiğini ifade etmiştir.^[116]

Mahkeme süreçlerden birinin diğerinden önce kesinleşmesine neden olabilen süreçler arası bağlantı eksikliğinde itiraz istemine konu kuralın rolüne dikkat çekmiş ve süreçlerde “*verilen kararların karşılıklı olarak karar verici birimleri bağlamayacağı*”nın ifade edilmesiyle kuralın bağlantı eksikliğini pekiştirici etkisine işaret etmiştir.^[117] Anayasa Mahkemesi şu hususu önemle vurgulamıştır:

“Bunun da ötesinde kuralın gerek idare ve gerekse yargı organlarınca bu eksikliğin giderilmesini ve süreçlerin bir bütünün parçası olacak biçimde bağlantılı olarak yürütülmesini sağlamaya imkân tanımadığı görülmektedir.”^[118]

[114] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 80.

[115] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 81.

[116] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, §§ 82, 83.

[117] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 83.

[118] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 83; AİHM, *A ve B/Norveç* [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, § 134:

“Maddi yönden bağlantının yeterince güçlü olduğu durumlarda, zamansal açıdan bağlantı gerekliliği devam eder ve bu gereklilik yerine getirilmelidir. Ancak bu, iki sürecin baştan sona aynı anda yürütülmesi gerektiği anlamına gelmez. Devletlerin, etkinlikten (beklenen) menfaat ve adaletin uygun bir şekilde yerine getirilmesiyle motive edildiği, farklı sosyal amaçların izlendiği ve başvuruçunun orantısız bir yüke maruz kalmasına neden olmadığı durumlarda, süreçleri aşamalı olarak yürütmeyi tercih etme hakkı olmalıdır. Ancak, ... zamansal açıdan bağlantı her zaman mevcut

Anayasa Mahkemesi, bağlantı eksikliğinin her iki yargılama süreci sonucunda nihai kararlarla hükmedilen toplam cezanın kişi üzerinde *aşırı bir külfet* oluşturup oluşturmadığı yönünden ortaya çıkardığı denetim eksikliğine de dikkat çekmiştir. Aşırı külfet oluşumunun engellenmesi ilk yargılamadaki kesinleşen cezanın dikkate alınması için ilgili kamusal otoritelerin birbiriyle etkileşime girmesine bağlıdır. Kamu otoritelerinin bu yönde hareket etmemesinin “orantısız bir külfete yol açması durumunda tamamlayıcılık unsuru ve dolayısıyla maddi yönden bağlantı zayıflayabilir.”^[119]

Anayasa Mahkemesi bu tespitlerden hareketle aşağıdaki sonuca ulaşmıştır:

“Bu itibarla aynı fail tarafından aynı fiille işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri sonucunda uygulanacak yaptırım konusunda herhangi bir şekilde ve seviyede bağlantı kurulmasını sağlayacak güvencelere yer vermeyen kural, söz konusu süreçlerin hakkaniyete uygun yürütülmesini engelleyebilecek niteliktedir. Zira kural kişi üzerinde aşırı bir külfet oluşmasını engellemek amacıyla ilk yargılamadaki cezanın diğer yargılamada dikkate alınmasını engellemekte, süreçler arasında etkileşime izin vermemekte ve ilgili kişi aleyhine hükmedilen toplam cezanın aşırı külfet oluşturma riskinin arttığı hallerde dengeleyici mekanizmaların uygulanabilmesine imkân tanımamaktadır.”^[120]

ii. AİHM Uygulaması

AİHM, ilkesel nitelikteki *A ve B/Norveç* kararından sonra verdiği *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda*, *Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda*, *Ragnar Thorisson/İzlanda* ve *Bjarni Ármannsson/İzlanda* kararlarında vergilendirme ve ceza süreçleri arasındaki bağlantıyı belirlediği kriterler temelinde irdelemiştir. Bu kararlara konu olaylarda başvuruçuların vergilendirme süreci sonunda alınan idari kararın yargısal açıdan incelenmesi için herhangi bir

olmalıdır. Bu nedenle, zaman içindeki bağlantı, ilgili ulusal sistemin idari ve cezai unsurları ayıran “bütünleşik” bir plan öngördüğü durumlarda bile, kişiyi belirsizliğe ve gecikmeye maruz kalmaktan ve davaların zaman içinde uzamasından korumak için yeterince yakın olmalıdır. Zaman içindeki bağlantı ne kadar zayıfsa, Devletin yargılamanın yürütülmesine atfedilebilecek herhangi bir gecikmeyi açıklama ve haklı gösterme yükü o kadar fazladır.”

[119] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 84.

[120] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 85.

başvuruda bulunmadıklarını önemle belirtmek gerekmektedir.^[121] Dolayısıyla bu olaylarda iki ayrı yargılama süreci yerine bir idari ve bir ceza yargılaması sürecinden bahsetmek mümkündür.

Jóhannesson ve diğeri/İzlanda Kararı

AİHM, *Jóhannesson ve diğeri/İzlanda* kararında delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde tekrarı önlemek için farklı yetkili makamlar arasında etkileşim kurulmadığını tespit etmiştir.^[122]

[121] AİHM, *Jóhannesson ve diğeri/İzlanda*, B. No: 22007/11, 18/5/2017, § 14; AİHM, *Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda*, (k.k.), B. No: 22779/14, 04/12/2018, § 18; AİHM, *Ragnar Thorisson/İzlanda*, B. No: 52623/14, 12/02/2019, § 8; AİHM, *Bjarni Ármannsson/İzlanda*, B. No: 72098/14, 16/04/2019, § 11.

[122] AİHM, *Jóhannesson ve diğeri/İzlanda*, B. No: 22007/11, 18/5/2017, § 51:

“Olayda, Vergi Denetim Müdürlüğü, başvuru hakkında 17 Kasım 2003 tarihinde vergi incelemesi başlatmıştır. Denetimler, 27 Ekim 2004 (birinci başvuru açısından) ve 24 Kasım 2005 (ikinci başvuru açısından) raporların düzenlenmesiyle nihai hale getirilmiştir. 12 Kasım 2004'te Müdürlük, konuyu ceza soruşturması için polise bildirmiştir. Müdürlük, raporlarını ve vergi incelemesi sırasında toplanan belgeleri polise ilemiştir. Ağustos 2006'da polis, başvuru ve diğer tanıkları ilk kez sorgulamış ve başvurucu ceza soruşturmasında şüpheli olma durumu hakkında bilgi vermiştir. Vergi idaresinin vergilendirmeye ilişkin kararları, (ikinci başvuru açısından) 29 Ağustos 2007 ve (birinci başvuru açısından) 26 Eylül 2007 tarihinde verilmiş ve bundan altı ay sonra kesinleşmiştir. 18 Aralık 2008 tarihinde, başvuru ve şüpheli olma durumları hakkında bilgilendirilmesinden yaklaşık iki yıl dört ay sonra ve vergilendirmeyle ilgili verilen kararların kesinleşmesinden yaklaşık dokuz ay sonra, ceza davasında iddianameler düzenlenmiştir. Bölge Mahkemesi 9 Aralık 2011 tarihli kararıyla başvuru ağırlaştırılmış vergi suçlarından mahkûm etmiştir. 7 Şubat 2013 tarihinde, Yüksek Mahkeme başvuru mahkûmiyetlerini çoğunlukla onamış ve birinci başvurucu, Bölge Mahkemesi tarafından beraat ettirildiği iki suçlamadan daha mahkûm etmiştir. Bu nedenle, Müdürlüğün soruşturmasının başlangıcından Yüksek Mahkemenin nihai kararını vermesine kadar iki yargılamanın toplam uzunluğu, Yüksek Mahkeme tarafından belirtildiği üzere, başvuru ve şüpheli olma durumlarının bir hatasına dayanmaksızın yaklaşık dokuz yıl üç ay sürmüştür.”

AİHM, *Jóhannesson ve diğeri/İzlanda*, B. No: 22007/11, 18/5/2017, § 53:

“Ceza soruşturmasıyla görevli polis, Vergi Denetim Müdürlüğü tarafından düzenlenen raporlara ve vergi incelemesi sırasında toplanan belgelere ulaşabilmiştir. Bununla birlikte, polis sürecin devamında kendi bağımsız soruşturmasını yürütmüş ve bu

AİHM, aynı kararında, zamana uyum açısından, sürecin toplam uzunluğunun 9 yıl 3 ay olduğunu, bu süreçte belirli bir paralelliğin bir yıldan biraz daha uzun süre muhafaza edilmekle birlikte vergilendirme kararının alınmasından sonra ceza yargılamasının birkaç yıl devam ettiğini belirtmiştir.^[123]

da Müdürlüğün konuyu polise bildirmesinden sekiz yıldan fazla bir süre sonra başvuruoların Yüksek Mahkeme tarafından mahkûm edilmesiyle sonuçlanmıştır. Başvuruoların vergi ve ceza hukukunun farklı hükümleri kapsamındaki eylem ve sorumlulukları, bu nedenle, birbirinden büyük ölçüde bağımsız süreçlerde farklı makamlar ve mahkemeler tarafından incelenmiştir.”

[123] AİHM, *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda*, B. No: 22007/11, 18/5/2017, § 54:

“Mahkeme, iki süreç arasındaki zaman bağlantısına dönerek, toplam sürenin yaklaşık dokuz yıl üç ay olduğunu yineler. Bu süre zarfında, süreçler, polis tarafından ilk sorgunun yapıldığı Ağustos 2006 ile vergi dairesinin, başvuruoların itirazları üzerine, ek vergileri ödeme yükümlülüklerini teyit eden kararlar aldığı 29 Ağustos 2007 (ikinci başvuruoların davasında) veya 26 Eylül 2007 (birinci başvuruoların davasında) arasında eşzamanlı olarak ilerlemiştir. Böylece süreçler bir yıldan biraz daha uzun bir süre paralel olarak yürütülmüştür. Ayrıca, başvuruolar, söz konusu vergilendirmeye yönelik kararın alınmasından 15 ve 16 ay sonra ve kesinlik kazandıktan dokuz ve on ay sonra, 18 Aralık 2008 tarihinde suçla itham edilmiştir. Ceza yargılaması daha sonra birkaç yıl boyunca tek başına devam etmiştir: Bölge Mahkemesi, vergi idaresi kararlarının üzerinden dört yıldan fazla bir süre geçtikten sonra, 9 Kasım 2011’de başvuruoları mahkûm etmiş ve Yüksek Mahkeme’nin kararı, 7 Şubat 2013 tarihine kadar, bir yıldan daha uzun bir süre açıklanmamıştır. Bu durum, yine, iki başvuruoları aleyhindeki süreçlerin toplam süresinin yaklaşık beş yıl olduğu, ceza yargılamasının vergilendirmeye ilişkin kararların kesinlik kazanmasından sonra iki yıldan az devam ettiği ve başvuruoları aleyhindeki iddianamelerin vergi makamları tarafından vergi tarhiyatlarına ilişkin kararlar alınmadan önce düzenlenmesi ve Bölge Mahkemesi’nin başvuruoları sadece bu kararlardan aylar sonra mahkûm etmesi nedeniyle iki süreç arasındaki bütünleşmenin açık olduğu A. ve B./Norveç (yukarıda anılan) davasına tezat teşkil etmektedir. Ayrıca, mevcut davada Hükümet, ulusal yargılamalarda meydana gelen ve Yüksek Mahkeme’nin de belirttiği gibi, başvuruoların hatasına dayanmayan gecikmeyi açıklamakta ve meşru göstermekte başarısız olmuştur (bkz. yukarıda anılan A. ve B., § 134).” (vurgular yazara aittir)

Öte yandan AİHM, aynı kararında ceza yargılaması sonucunda ceza belirlenirken, vergilendirme sürecinde halihazırda uygulanmış yaptırımlarının yeterince dikkate alındığını saptamıştır.^[124]

AİHM'nin anılan kriterleri topluca değerlendirmiş ve “özellikle zaman açısından sınırlı örtüşme ve delillerin büyük ölçüde bağımsız toplanması ve değerlendirilmesi” hususunu dikkate alarak “7 No.lu Protokol'ün 4. maddesindeki bis kriteri ile uyumlu olma yönünden, olayda, vergilendirme süreci ile ceza yargılaması arasında maddi yönden ve zaman bakımından yeterince yakın bir bağlantı olmadığı” sonucuna ulaşmıştır.^[125] AİHM, “başvurucuların, farklı makamlar tarafından gerekli bağlantıdan yoksun iki farklı süreçte aynı veya büyük ölçüde aynı eylem nedeniyle yargılanmaları ve cezalandırılmaları sonucunda orantısız yüke maruz” kaldıklarını ve bu nedenle, Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.^[126]

[124] AİHM, *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda*, B. No: 22007/11, 18/5/2017, § 52:

“Yüksek Mahkeme, başvurucuları, farklı suçlar için daha önce ertelenmiş cezaları da içeren, ertelenmiş, sırasıyla 12 ve 18 ay hapis cezasına çarptırmış ve para cezası ödemelerine hükmetmiştir. Mahkeme, para cezalarını belirlerken, bu husustaki hesaplamaya ilişkin herhangi bir ayrıntı vermemekle birlikte, başvuruculara halihazırda uygulanan ek vergisel yükümlülükleri ve süreçlerin makul süreyi aştığını dikkate almıştır. Ancak, hapis cezasını belirlerken mahkeme sadece sürecin aşırı uzunluğunu dikkate almıştır. Bununla birlikte, Mahkeme, ek vergisel yükümlülüklerin para cezalarından mahsup edildiği göz önüne alındığında, vergilendirme sürecinde halihazırda uygulanan yaptırımların ceza kovuşturmalarındaki hükümlerde yeterince dikkate alındığı sonucuna varmıştır.”

[125] AİHM, *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda*, B. No: 22007/11, 18/5/2017, § 55.

[126] AİHM, *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda*, B. No: 22007/11, 18/5/2017, § 56; AİHM, *Matthildur Ingvarsdóttir/İzlanda* kararında, *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda* başvurusunda verdiği kararı şu şekilde değerlendirmiştir:

“Mahkeme, iki bireysel başvurucunun aynı davranıştan dolayı iki kez yargılanıp cezalandırıldığını tespit etmiştir. Özellikle, bunun nedeni, her iki sürecin de mahiyeti gereği “cezaî” olmasıydı; büyük ölçüde aynı olaylara dayanmaktaydılar ve yetkililerin yargılamanın tekrardan kaçındıklarının düşünülmesi için süreçler arasında yeterince bağlantı kurulmamıştır. 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesi, suç teşkil eden aynı fiille ilgili olarak idari ve cezai kovuşturmaların birbirine paralel yürütülmesini dışlamasa da iki sürecin, tekrarı önlemek için maddi yönden ve zaman bakımından yeterince yakın bir bağlantısı olmalıdır. Mahkeme, bu davadaki süreçler arasında yeterince

Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda Kararı

AİHM olayda, vergilendirmeye yönelik yürütülen inceleme ile ceza yargılamasının bağlantılı yürütüldüğüne dikkat çekmiştir.^[127] Ancak ceza yargılamasında hükmedilen para cezası hesaplanırken vergilendirme sürecinde uygulanan ek vergisel yükümlülüğün dikkate alınmadığını belirtmiştir.^[128] “Mahkeme, genel olarak, başvuruçunun farklı vergi ve ceza hukuku hükümleri kapsamındaki eylem ve sorumluluğunun, birbiriyle bağlantılı süreçlerde farklı makamlar ve mahkemeler tarafından incelendiğini tespit etmiştir.”^[129]

yakın bir bağlantı bulunmadığına karar vermiştir.” AİHM, *Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda*, (k.k.), B. No: 22779/14, 04/12/2018, § 54.

[127] AİHM, *Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda*, (k.k.), B. No: 22779/14, 04/12/2018, § 59:

“... vergi makamları ve adli soruşturmada sorumlu polis, polis soruşturması ve vergi denetimi sırasında toplanan tüm belge, bilgi ve raporları paylaşmıştır ... Ayrıca, vergi makamları, başvuruçunun soruşturmayı ilerletmek için gerekli olan daha fazla bilgiyi vermemesi nedeniyle 2 Ekim 2009 tarihinde soruşturma için olayı açıkça polise havale etmiştir ... Vergi makamları, bu bilgileri ve polis tarafından toplanan belgeleri aldıktan sonra başvuruçunun hakkında resmi soruşturma başlatmıştır. Ayrıca, Ulusal Polis Komiseri mektubunda, polis soruşturmasının halen devam ettiğini, vergi soruşturmasının polisle yakın iş birliği içinde yürütülmesi gerektiğini ve gerekirse soruşturmanın polise geri gönderilmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir ... Ayrıca, vergi idaresi kararını verdikten sonra, savcılık vardığı sonuca göre Bölge Mahkemesi önündeki iddialarını değiştirmiştir. Böylece, vergi makamlarının Ekim 2009’da konuyu polise bildirdiği andan, Ekim 2012’de vergi cezası verilmesine ilişkin karar alınana kadar, ceza yargılaması ve vergilendirme süreci birbiriyle bağlantılıydı.”

[128] AİHM, *Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda*, (k.k.), B. No: 22779/14, 04/12/2018, § 60:

“Yüksek Mahkeme tarafından onaylandığı üzere, Bölge Mahkemesi dört ay ertelenmiş hapis cezası vermiş ve başvuruçunun para cezası ödemesine hükmetmiştir... Yerel mahkemelerin kararlarında, para cezasının belirlenmesine ilişkin kesin hesaplamalara veya vergi makamları tarafından uygulanan ek vergisel yükümlülükler atıfta bulunulmamaktadır. Dolayısıyla, vergilendirme sürecinde başvuruçuya uygulanan yaptırımların ceza yargılamasında verilen cezada dikkate alınmadığı görülmektedir.”

[129] AİHM, *Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda*, (k.k.), B. No: 22779/14, 04/12/2018, § 61.

AİHM bu davada vergilendirme süreci ile ceza yargılaması arasında zamansal açıdan uyum bulunduğunu tespit etmiştir.^[130] Mahkeme bu sonuca ulaşırken süreçlerin uzunluğunun başvuru sırasında iş birliği yapmamasından kaynaklanan kusuruna dayanmasına ve başvuru talebi üzerine, vergi idaresinin nihai kararına kadar ceza yargılamasının ertelenmesine de işaret etmiştir.^[131]

AİHM, “önündeki olgulara dayanarak gelirini beyan dışı bırakmasına ve vergi ödememesine ilişkin ihtilafa konu bütünleşik yasal sürecin bir sonucu olarak başvuru herhangi bir orantısız yüke veya adaletsizliğe maruz kaldığına dair hiçbir belirti bulunmadığı” sonucuna ulaşmıştır. “Olayın koşullarını, özellikle zamansal uyumu ve vergi makamları ile polis ve savcılık makamları arasındaki delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde iş birliğini göz önünde bulundurarak, Mahkeme, iki farklı makam tarafından farklı yaptırımlar uygulanmasına karşın, bunların 7 No.lu Protokol'ün 4.

[130] AİHM, *Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda*, (k.k.), B. No: 22779/14, 04/12/2018, § 62:

“Mahkeme, iki süreç arasındaki zaman açısından bağlantıya dönerek, bunların toplam süresinin yaklaşık dört yıl on ay olduğunu kaydetmektedir. Bu süre zarfında, süreçler, polisin soruşturmayı başlattığı 3 Kasım 2009 ile vergi idaresinin başvuru itirazı üzerine, başvuru ek vergi ödeme yükümlülüğünü teyit eden kararını verdiği 17 Ekim 2012 tarihleri arasında eşzamanlı olarak ilerlemiştir... Böylece süreçler yaklaşık 3 yıl 11 ay boyunca paralel olarak yürütülmüştür. Ayrıca, başvuru, söz konusu vergilendirmeye yönelik kararın alınmasından yaklaşık 3 ay önce ve bunun kesinlik kazanmasından yaklaşık 9 ay önce, 13 Temmuz 2012'de suçla itham edilmiştir. *Ceza yargılaması daha sonra yaklaşık 15 ay boyunca tek başına devam etmiştir: Bölge Mahkemesi, vergi idaresi kararından yaklaşık 6 ay sonra, 24 Nisan 2013'te başvurucuyu mahkûm etmiş ve ardından Yüksek Mahkeme kararı 9 ay sonra 23 Ocak 2014'te açıklanmıştır.* Bu durum, başvuru aleyhindeki toplam sürecin yaklaşık dokuz yıl üç ay olduğu ve ceza yargılamasının vergilendirmeye ilişkin kararın kesinlik kazanmasından sonra birkaç yıl kendi kendine devam ettiği *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda* (yukarıda anılan) davasına tezat teşkil etmektedir. Bu davada, başvuru aleyhindeki iddianameler, vergi makamlarının vergi tarh edilmesine yönelik kararları aldıktan sonra düzenlendiğinden ve *Bölge Mahkemesi vergilendirmeye yönelik bu kararlardan dört yıldan fazla bir süre sonra başvurucuları mahkûm ettiğinden, ceza yargılamaları arasında entegrasyon sağlanamamıştır* (bkz. *Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda*, yukarıda anılan, § 54).” (vurgular yazara aittir)

[131] AİHM, *Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda*, (k.k.), B. No: 22779/14, 04/12/2018, § 63.

maddesindeki *bis* kriteri ile uyumlu olmaları açısından hem maddi yönden hem de zaman açısından yeterince yakın bir bağlantı” olduğunu saptamış ve başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.^[132]

Ragnar Thorisson/İzlanda Kararı

AİHM olayda, “vergilendirme sürecinde halihazırda uygulanan yaptırımların ceza kovuşturmasında verilen cezalarda yeterince dikkate alındığına ikna” olmakla birlikte vergilendirmeye yönelik yürütülen inceleme ile ceza yargılamasının bağlantılı yürütülmediği sonucuna ulaşmıştır. AİHM, ceza soruşturmasından sorumlu Özel Savcının, Vergi Denetim Müdürlüğü tarafından düzenlenen raporlara ve vergi incelemesi sırasında toplanan belgelere ulaşabilme imkânı bulunmakla birlikte, polisin kendi bağımsız soruşturmasını yürüttüğünü ve bu soruşturmanın başvuruçunun mahkûmiyetiyle sonuçlandığını saptamıştır.^[133] Ayrıca Mahkeme vergilendirme süreci ile

[132] AİHM, *Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda*, (k.k.), B. No: 22779/14, 04/12/2018, § 64.

[133] AİHM, *Ragnar Thorisson/İzlanda*, B. No: 52623/14, 12/02/2019, § 45:

“21 Ekim 2010 tarihinde Vergi Denetim Müdürlüğü başvuruçusu hakkında vergi incelemesi başlatmış ve 5 Kasım 2010 tarihinde kendisiyle görüşmüştür. 13 Ocak 2011 tarihinde bir rapor düzenlenerek inceleme sonuçlandırılmıştır. Vergi idaresinin vergilendirmeye ilişkin kararı 23 Kasım 2011’de alınmış ve 3 ay sonra Şubat 2012’de kesinleşmiştir. 28 Mart 2012 tarihinde Vergi Denetim Müdürlüğü konuyu ceza soruşturması için Özel Savcı’ya bildirmiştir. 14 Eylül 2012’de başvuruçusu ilk kez polis tarafından sorgulanmıştır. 10 Ekim 2012 tarihinde, vergilendirme sürecindeki kararın kesinleşmesinden yaklaşık sekiz ay sonra, ceza davasında iddianame düzenlenmiştir. Bölge Mahkemesi 16 Mayıs 2013 tarihli kararıyla başvuruçusu ağırlaştırılmış vergi suçlarından mahkûm etmiştir. 22 Mayıs 2014 tarihinde, Yüksek Mahkeme başvuruçunun mahkûmiyetini onamıştır. Böylece, Müdürlüğün incelemesinin başlamasından Yüksek Mahkemenin nihai kararını vermesine kadar iki süreç toplam üç yıl 7 ay sürmüştür.”

AİHM, *Ragnar Thorisson/İzlanda*, B. No: 52623/14, 12/02/2019, § 47:

“Yüksek Mahkeme, başvuruçusu üç ay ertelenmiş hapis cezasına çarptırmış ve para cezası ödemesine hükmetmiştir. Mahkeme, para cezalarını belirlerken, bu husustaki hesaplama ile ilgili herhangi bir ayrıntı vermemekle birlikte, başvuruçusu halihazırda uygulanan ek vergisel yükümlülükleri dikkate almıştır. Bununla birlikte, Mahkeme,

ceza yargılamasına ilişkin süreç arasında zamansal uyum bulunmadığını tespit etmiştir.^[134]

“Yukarıdaki koşullar, özellikle zaman açısından örtüşme olmaması ve delillerin büyük ölçüde bağımsız toplanması ve değerlendirilmesi dikkate alındığında, Mahkeme, 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesindeki bis kriteri ile uyumlu olma açısından vergilendirme süreci ile ceza yargılaması arasında maddi yönden ve zamansal açıdan yeterince yakın bir bağlantı bulamamıştır.”^[135]

“Sonuç olarak, başvuru, gerekli bağlantıdan yoksun iki farklı süreçte farklı makamlar tarafından aynı veya büyük ölçüde aynı eylemden dolayı yargılanmış ve cezalandırılmıştır. Bu nedenlerle, Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesi ihlal edilmiştir.”^[136]

vergilendirme sürecinde halihazırda uygulanan yaptırımların ceza kovuşturmasında verilen cezalarda yeterince dikkate alındığına ikna olmuştur.”

AİHM, *Ragnar Thorisson/İzlanda*, B. No: 52623/14, 12/02/2019, § 48:

Mahkemenin elindeki belgelerden, ceza soruşturmasından sorumlu Özel Savcının Vergi Denetim Müdürlüğü tarafından düzenlenen raporlara ve vergi incelemesi sırasında toplanan belgelere ulaşip ulaşamadığı veya ne ölçüde ulaşabildiği anlaşılamamaktadır. Her halükârda, polis kendi bağımsız soruşturmasını yürüterek devam etmiş ve bu durum, Müdürlüğün konuyu Özel Savcıya bildirmesinden iki yıldan fazla bir süre sonra başvuruçunun Yüksek Mahkeme tarafından mahkûm edilmesiyle sonuçlanmıştır. Başvuruçunun vergi ve ceza hukukunun farklı hükümleri uyarınca eylemi ve sorumluluğu, bu nedenle, birbirinden büyük ölçüde bağımsız süreçlerde farklı makamlar ve mahkemeler tarafından incelenmiştir.

[134] AİHM, *Ragnar Thorisson/İzlanda*, B. No: 52623/14, 12/02/2019, § 49:

“Mahkeme, iki süreç arasındaki zamansal açıdan bağlantıya dönerek, süreçlerin toplam süresinin yaklaşık üç yıl yedi ay olduğunu kaydetmektedir. *Bu süre zarfında, süreçler hiçbir noktada eşzamanlı olarak ilerlememiştir. Bu nedenle süreçler hiçbir zaman paralel olarak yürütülmemiştir. Ayrıca, başvuruçunun, vergi idaresi tarafından nihai kararın alınmasından on bir ay sonra ve bunun kesinlik kazanmasından sekiz ay sonra, 10 Ekim 2012 tarihinde suçla itham edilmiştir. Daha sonra ceza yargılaması kendi başına iki yıldan fazla devam etmiştir: Bölge Mahkemesi, başvuruçunun, vergi idaresinin kararından bir yıl altı ay sonra, 16 Mayıs 2013'te mahkûm etmiş ve Yüksek Mahkemenin kararı bir yıllık süre boyunca açıklanmamıştır.*” (vurgular yazara aittir)

[135] AİHM, *Ragnar Thorisson/İzlanda*, B. No: 52623/14, 12/02/2019, § 50.

[136] AİHM, *Ragnar Thorisson/İzlanda*, B. No: 52623/14, 12/02/2019, § 51.

Bjarni Ármannsson/İzlanda Kararı

AİHM, olayda ceza soruşturmasından sorumlu Özel Savcının, Vergi Denetim Müdürlüğü tarafından düzenlenen raporlara ve vergi denetimi sırasında toplanan belgelere ulaşabildiğini, bununla birlikte, polisin kendi bağımsız soruşturmasını yürüttüğünü ve bunun da başvurunun mahkûmiyetiyle sonuçlandığını ifade etmektedir. Ayrıca Mahkeme, vergilendirme sürecinde halihazırda uygulanan yaptırımların, ceza kovuşturmasında cezalandırmada yeterince dikkate alındığı kanaatine varmıştır.^[137]

[137] AİHM, *Bjarni Ármannsson/İzlanda*, B. No: 72098/14, 16/04/2019, § 52:

“Vergi Denetim Müdürlüğü, 30 Temmuz 2009 tarihinde başvurucu hakkında vergi denetimi başlatmış ve 17 Ağustos ve 2 Ekim 2009 tarihlerinde kendisiyle görüşmüştür. İnceleme, 5 Ekim 2010 tarihinde bir rapor düzenlenerek sonuçlandırılmıştır. 11 Kasım 2010 tarihli e-posta ile Vergi Denetim Müdürlüğü, olası ceza muhakemesine ilişkin bir kararın, vergi idaresinin başvurucu hakkında vergi tarh edilmesine ilişkin kararını tebliğ edene kadar erteleneceğini kabul etmiştir. 16 Ocak 2012 tarihinde, vergi idaresi başvurucuya nihai bildirim mektubunu göndermiştir. 1 Mart 2012 tarihinde Vergi Denetim Müdürlüğü konuyu ceza soruşturması için Özel Savcıya bildirmiştir. Vergilendirme sürecine ilişkin vergi dairesi kararı 15 Mayıs 2012 tarihinde verilmiş ve 3 ay sonra Ağustos 2012’de kesinleşmiştir. Başvurucu 26 Eylül 2012 tarihinde ilk kez polis tarafından sorgulanmıştır. 17 Aralık 2012 tarihinde, vergilendirme sürecindeki kararın kesinleşmesinin üzerinden yaklaşık 4 ay geçmişken, ceza davasında iddianame düzenlenmiştir. Bölge Mahkemesi 28 Haziran 2013 tarihli kararıyla başvurunu ağırlaştırılmış vergi suçlarından mahkûm etmiştir. 15 Mayıs 2014 tarihinde, Yüksek Mahkeme başvurunun mahkûmiyetini onamıştır. Böylece, Müdürlüğün soruşturmasının başlamasından Yüksek mahkemenin nihai kararını vermesine kadar iki süreç yaklaşık dört yıl on ay sürmüştür.”

AİHM, *Bjarni Ármannsson/İzlanda*, B. No: 72098/14, 16/04/2019, § 54:

“(Kararı) Yüksek Mahkeme tarafından onaylanan Bölge Mahkemesi, başvurucuya altı ay ertelenmiş hapis cezası vermiş ve para cezası ödemesine hükmetmiştir. Mahkeme, cezayı belirlerken, bu bağlamda hesaplamaya ilişkin herhangi bir ayrıntı vermemekle birlikte, başvurucuya halihazırda uygulanan ek vergisel yükümlülükleri dikkate almıştır. Bununla birlikte Mahkeme, vergilendirme sürecinde halihazırda uygulanan yaptırımların ceza yargılamasında verilen cezalarda yeterince dikkate alındığı kanaatinde.”

AİHM, *Bjarni Ármannsson/İzlanda*, B. No: 72098/14, 16/04/2019, § 55:

“Yukarıda belirtildiği gibi (paragraf 12) ceza soruşturmasından sorumlu Özel Savcı, Vergi Denetim Müdürlüğü tarafından hazırlanan rapora erişim hakkına sahiptir. Bununla birlikte, polis kendi bağımsız soruşturmasını yürüterek devam

AIHM, toplamda dört yıl on ay süren iki süreç arasında zaman açısından bir örtüşme olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme, başlangıçta belirli bir paralellik korunurken, ceza yargılamasının, vergilendirme sürecindeki kararın kesinleşmesinden sonra bir yıl beş ay boyunca tek başına devam ettiğine dikkat çekmiştir.^[138] AIHM bu tespitlerden hareketle şu sonuca varmıştır:

“Yukarıdaki koşullar, özellikle zaman açısından örtüşme olmaması ve delillerin büyük ölçüde bağımsız toplanması ve değerlendirilmesi dikkate alındığında, Mahkeme, 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesindeki bis kriterine uygun olması açısından vergilendirme süreci ile ceza yargılaması arasında maddi yönden ve zaman bakımından yeterince yakın bir bağlantı bulamamaktadır. Vergi Denetim Müdürlüğü'nün Kasım 2010'da başvurusunun olası cezai takibatlara ilişkin kararını, vergi idaresinin başvuru hakkındaki vergi tarhiyatlarına ilişkin bildirim yazısını düzenleyene kadar erteleme talebini kabul etmesi bu sonucu değiştirmez. Ceza yargılamalarının ne bis in idem kuralının gerekliliklerini yerine getirmesini sağlamak üye Devletin görevidir.”^[139]

“Sonuç olarak, başvuru, gerekli bağlantıdan yoksun iki farklı süreçte farklı makamlar tarafından aynı veya büyük ölçüde aynı fiilden dolayı yargılanmış ve

etmiş ve bu, Müdürlüğün konuyu Özel Savcıya bildirmesinden iki yıldan fazla bir süre sonra başvurusunun Yüksek Mahkeme tarafından mahkûm edilmesiyle sonuçlanmıştır. Başvurusunun vergi ve ceza hukukunun farklı hükümleri uyarınca eylem ve sorumluluğu, bu nedenle, birbirinden büyük ölçüde bağımsız süreçlerde farklı makamlar ve mahkemeler tarafından incelenmiştir.”

[138] AIHM, *Bjarni Ármannsson/İzlanda*, B. No: 72098/14, 16/04/2019, § 56:

“Mahkeme, iki süreç arasındaki zaman açısından bağlantıya dönerek, süreçlerin toplam süresinin yaklaşık dört yıl on ay olduğunu kaydetmektedir. Bu dönemde, süregelen süreçler ancak Vergi Denetim Müdürlüğü'nün konuyu Özel Savcıya bildirdiği 1 Mart 2012 ile vergi idaresinin kararının kesinleştiği Ağustos 2012 arasında, yani beş aydan biraz fazla bir dönem paralel ilerlemiştir. Ayrıca, başvuru, vergi idaresi tarafından nihai kararın alınmasından yedi ay sonra ve bunun kesinlik kazanmasından yaklaşık dört ay sonra, 17 Aralık 2012 tarihinde suçla itham edilmiştir. Ceza yargılaması daha sonra bir yıl beş ay boyunca tek başına devam etmiştir: Bölge Mahkemesi, vergi idaresi kararından bir yıldan fazla bir süre sonra, 28 Haziran 2013 tarihinde başvuruyu mahkûm etmiş ve Yüksek Mahkemenin kararı neredeyse bir yıl sonra açıklanmıştır.” (vurgular yazara aittir)

[139] AIHM, *Bjarni Ármannsson/İzlanda*, B. No: 72098/14, 16/04/2019, § 57.

cezalandırılmıştır. Bu nedenle, Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesi ihlal edilmiştir.”^[140]

iii. AİHM'nin İncelenen Kararlarının Topluca Değerlendirilmesi ve 213 Sayılı Kanun'un 359. Maddesinde 8/4/2022 Tarihli ve 7394 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklere Dair Bir Yaklaşım

AİHM'nin yukarıda incelenen kararlarında iki farklı süreç arasında delillerin toplanması ve değerlendirilmesi hususunda yeterli bir etkileşim ve zamansal bir uyumun bulunduğunu ve orantısız bir külfet yüklemekten kaçınılması için başvurucaya ilk kesinleşen süreçte verilen cezanın diğer süreçte tatmin edici derecede dikkate alındığını saptadığı takdirde süreçlerin *ne bis in idem* ilkesine uygun biçimde yürütüldüğü sonucuna ulaştığı görülmektedir. *Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda* kararına konu olayda süreçler yaklaşık 3 yıl 11 ay boyunca paralel olarak yürütülmüştür. Başvurucu, vergilendirmeye yönelik kararın alınmasından yaklaşık 3 ay önce ve bunun kesinlik kazanmasından yaklaşık 9 ay önce suçla itham edilmiş, ceza yargılaması vergi idaresi kararından yaklaşık 6 ay sonra mahkumiyetle sonuçlanmış ve 9 ay sonra nihayete ermiştir.

Etkileşimin sağlanmadığı ve zamansal uyumun bulunmadığı bilhassa ceza yargılamasının nihayete ermesinin vergilendirme sürecindeki kararın kesinleşmesinden yaklaşık 5 yıl (*Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda*), 2 yıl 3 ay (*Ragnar Thorisson/İzlanda*) ve 1 yıl 9 ay (*Bjarni Ármannsson/İzlanda*) sonra gerçekleştiği hallerde AİHM'nin *ilkenin bis* koşulu yönünden aykırılık bulunduğu görülmektedir.

Daha önce de okuyucuya arz edildiği üzere bu kararlara konu olayların ortak yönü vergilendirme sürecinde alınan kararların yargı mercileri önüne taşınmaksızın kesinleşmiş olmasıdır.

213 sayılı Kanun'un 359. maddesine 7394 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle eklenen fıkralarda ceza yargılaması sonucunda verilecek hürriyeti bağlayıcı cezalarda indirim yapılabilmesi için idari yaptırımın ödenmiş olması, ayrıca idari yaptırıma karşı dava açılmaması açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması, başvurulmuşsa vazgeçilmesi şartları aranmaktadır. İdari yaptırıma karşı dava açmama ya da açılan davalardan veya kanun yollarından

[140] AİHM, *Bjarni Ármannsson/İzlanda*, B. No: 72098/14, 16/04/2019, § 58.

vazgeçilmesi idari yaptırımın kesinleşmesi sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla bu kesinleşmeden sonra ceza soruşturma ve kovuşturmasının etkileşimden yoksun bir biçimde yürütülmeye devam etmesi ve bu sürecin zamansal uyum gözetmeden sonuçlandırılması halinde yukarıda AİHM'nin *ne bis in idem ilkesinin* ihlali sonucuna ulaştığı olaylara benzer olayların yaşanması muhtemeldir. Yeni kuralların *ne bis in idem ilkesine* normatif olarak bir aykırılık içerdiği söylenemeyecek olmakla birlikte normun etkileşim ve zaman bağlantısı gözetilmeden uygulanmasının *ilkeyi* ihlal edebileceği açıktır.

Öte yandan kanun koyucudan çok yakın bir tarihte verilmiş olan Anayasa Mahkemesi'nin inceleme konumuzu oluşturan iptal kararını da gözeterek *ne bis in idem ilkesine* uygun şekilde 213 Kanun'un ceza hükümlerini tekrar ele alması ve vergi uyuşmazlığından doğan idari davanın konusu oluşturacak idari yaptırımın uygulanma süreci ile ceza soruşturma ve kovuşturma sürecinin *ne bis in idem ilkesine* uygun olarak bağlantılı şekilde yürütülmesini sağlayacak düzenlemeler yapması beklenirdi.

VI. AYRIKSI TESPİT: VERGİ UYUŞMAZLIĞINDAN DOĞAN İDARİ DAVALARDA KABAHATLER KANUNU'NUN UYGULANABİLİRLİĞİ

İptal kararında yer verilen ifade ve belirlemelerden, Anayasa Mahkemesinin vergi uyuşmazlığından doğan idari davalarda Kabahatler Kanunu'nun uygulanabilirliğini üstü kapalı bir biçimde kabul ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.^[141] Bu tespit henüz Danıştay uygulamasında Kabahatler Kanunu'nun vergi uyuşmazlığından doğan idari davalarda doğrudan uygulanmasının açıkça kabul edilmediği göz önünde bulundurulduğunda oldukça önem kazanmaktadır.

İptal kararında vergi kabahati ifadesine sıklıkla yer verilmesi, vergi kabahatinin taksirle işlenebildiğinin belirtilmesi^[142], 213 sayılı Vergi Usul

[141] Aynı yönde Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/1063, K. 2020/1306, 2.12.2020 künyeli kararın "X" işaretli Karşı Oyu (Danıştay kurumsal web sitesinde Karar Arama ekranında erişime açıktır.) (Son erişim tarihi: 19/3/2022)

[142] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 21.

Kanunu'nda yer alan ve fikrî içtima yapılmasını engelleyen kuralların^{[143], [144]} 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun fikrî içtima uygulamasına ilişkin 15. maddesinin (3) numaralı fıkrasının kıyas yoluyla irdelenmesi ve bunun istisnasını oluşturduğu sonucuna ulaşılması^[145] yukarıda belirtilen kanıyı destekler niteliktedir.

Bu doğrultuda Kabahatler Kanunu'nun ek 1. maddesinin vergi uyumsuzluğundan doğan idari davalarda yargılama usulünü koruduğunu ve Kanun'un maddi hukuka ilişkin hükümlerinin idari davalarda uygulanması yönünden bir istisna getirmediğini, ancak maddi hükümlerin uygulanmasında da önceki özel kanun-sonraki genel kanun ilişkisi uyarınca 213 sayılı Kanun'da hüküm bulunan hallerde bu Kanun'un öncelikle uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.^[146]

[143] Kanun'un somut norm denetimine konu 340. maddesinin, 359. maddesinin son paragrafının ve 367. maddesinin dördüncü fıkrasında yer verilen (anılan maddeye 7318 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen dördüncü fıkra nedeniyle beşinci fıkrasının) kurallarda vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatinin birlikte işlenmesi halinde bunlara ilişkin ceza ve yaptırımların ayrı ayrı uygulanacağı öngörülmüştür.

[144] AYM, E.2019/4, K.2021/78, Kt. 4/11/2021, § 39; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 213 sayılı Kanun'un 336. maddesindeki "usulsüzlük" ifadesinin özel usulsüzlük cezalarını da kapsadığı yönünde karar vermektedir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E. 2019/1467, K. 2020/1051, 21.10.2020 (Bu hatırlatma için değerli meslektaşım Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu Tetkik Hâkimi Çağlar Dinç'e teşekkür ederim.) Aynı yönde: Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/676, K. 2022/23, 19.1.2022:

"...davacının yasal defter ve belgelerini ibraz etmemesine yönelik fiilin, hem vergi ziyai cezasının hem de (özel) usulsüzlük cezasının kesilmesini gerektirir nitelikte olup olmadığı; vergi ziyai cezasının kesilmesinde özel usulsüzlük cezasının da kesildiği hususunun dikkate alınıp alınmadığı ve bu cezaların mukayese edilip edilmediğinin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 336. maddesinin dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir..."

[145] AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, Kt. 4/11/2021, § 45.

[146] Bu konuyu daha önceki bir çalışmamızda detaylı bir biçimde değerlendirmiştik. Yunus Emre Yılmazoğlu, "Vergi Yargısı Uygulamasında Kabahatler Kanunu'na Alternatif Bir Bakış ve Vergi Ziyai Doğuran Fiillere İştirake İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararına Dair Bir İrdeleme," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 124 (2016): 347-348.

SONUÇ YERİNE

213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin son fıkrasında yer alan ve aynı fail tarafından aynı fiille/farklı fakat bağlantılı fiille işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatine ilişkin adli yaptırım ve idari yaptırıma ilişkin “ceza” süreçlerinde kamu otoritelerinin kararlarında karşılıklı bağlamazlık öngören kural Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında güvence altına alınan *ne bis in idem ilkesine* aykırılık nedeniyle iptal edilmiştir.

Belirtilen ilke, Anayasa'nın 36. maddesi yanında, Türkiye'nin de taraf olduğu AİHS'ye ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinde de güvence altına alınmış ve Protokol, Türkiye bakımından 1/8/2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bir yandan Anayasa, diğer yandan Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesi gereği kanun hükmünde olan bir milletlerarası andlaşma kuralıyla Türk hukuk düzeninde yer bulan ilkenin, Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca vergi kabahatine ilişkin cezalar yönünden idari davalarda doğrudan uygulanması gerekmektedir.

Karşılıklı bağlamazlık kuralı iptal kararıyla ortadan kalktığından, Türk hukuk düzeninde yer bulan *ne bis in idem ilkesi* de “cezaî” nitelikte olan adli ve idari yargılama/cezalandırma süreçleri arasında bağlantı kurulmasını gerekli kıldığından idari yargı mercilerinin karar vermeden önce bu bağlantıyı kurması gerekmektedir. Bağlantı kurulmasında en etkin yöntem ise ceza soruşturması ve kovuşturması makamlarından ara kararıyla bilgi ve belge istemektir.

Vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak yürütülen ve delillerin değerlendirilmesi ile olguların tespiti, yani isnadın esasının incelenmemesi sonucunda sanığın *cezaî sorumluluğu hakkında olumlu ya da olumsuz verilmiş hüküm türlerinden biriyle kesin olarak sona eren ceza yargılamasının ardından*, aynı failin aynı fiili/farklı fakat bağlantılı fiili nedeniyle vergi kabahati nedeniyle tekrar yargılanmaması veya cezalandırılmaması yönündeki hukuki menfaatini güvence altına alan *ne bis in idem ilkesine* aykırılık oluşmaması için, idari yaptırım uygulama ve buna ilişkin hukuka uygunluk denetiminin ceza yargılamasından farklılaşmayacak şekilde ve *bir bütünün parçaları olacak biçimde bağlantılı yürütülmesi* gerekmektedir.

Bu bütünlüğün sağlanması yönünden ceza soruşturması ve kovuşturması ile idari yaptırım uygulama ve bunun hukuka uygunluğunun denetimine

ilişkin süreçler arasında tamamlayıcı amaç taşıma ve öngörülebilirlik açısından yasal düzlemde bir sorun bulunmamaktadır. Ancak *ne bis in idem ilkesine* aykırılık oluşmaması için bu yeterli değildir.

Öncelikle bu süreçler arasında *delillerin toplanması ve değerlendirilmesi ile olguların tespiti yönünden yeterli bir etkileşim* kurulması gerekmektedir.

Ayrıca vergi kabahatine ilişkin sürecin ceza yargılaması ile zamansal bir uyum içinde yürütülmesi ve ceza soruşturması ile ceza kovuşturması sürecinin tamamlanmasından sonra makul bir sürede içinde sonuçlandırılması önem arz etmektedir. Bu bağlamda makul süre aşıldığında süreçler arasındaki bağlantı kopmuş olacağından idari yaptırım süreci hukuka aykırı hale gelecektir ve bu durum idari işlemin tesis edildiği tarihten sonra ortaya çıkmakla birlikte idari yargılamada hukuka uygunluk denetiminin her aşamasında dikkate alınması gereken bir sorun oluşturacaktır.

Son olarak daha önce kesinleşen vergi kaçakçılığına ilişkin süreçte mahkûmiyet nedeniyle hükmedilen yaptırımın, aşırı/orantısız bir külfete yol açılmaması için vergi kabahati nedeniyle yürütülen süreçte dikkate alınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akkaya, Mustafa. "Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 49, no. 1 (Mayıs, 2000): 85-96.
- Bahçeci, Barış. "İHAM'ın Vergi Cezalarında Ne Bis İn İdem İçtihadı ile Türk Hukukunun Uyumu Sorunu." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 136 (Mayıs-Haziran, 2018): 141-66.
- Bahçeci, Barış. "İHAM İçtihadında Vergi Cezalarında 'Ne Bis İn İdem.'" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67, no. 2 (Haziran, 2018): 253-78.
- Beyribey, Kurtuluş. "Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Ceza Mahkemesi Kararlarının Vergi Yargısına Etkisi." *Danıştay Dergisi*, no. 141 (2016): 41-65.
- Biyar, Özgür. "Aynı Fiil Nedeniyle Vergi Ziyat Cezası ve Hapis Cezasının Birlikte Uygulanması: Non Bis İn İdem İlkesi." *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, no. 145 (Ocak, 2016): 100-07.
- Candan, Turgut. "Bir Anayasa Mahkemesi Kararı, Vergi Cezaları ve Non Bis İn İdem Kuralı." Turgut Candan (blog). 25 Mayıs 2019. <https://turgutcandan.com/2019/05/25/bir-anayasa-mahkemesi-karari-vergi-cezalari-ve-non-bis-in-idem-kurali/>.
- Ela, Hatice. *Vergi ve Ceza Hukukunda Sahte Belge ve Yanıltıcı Belge*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Geçer, Ahmet Emrah. "Vergi Ceza Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 2 (Haziran, 2016): 315-48.
- Geçer, Ahmet Emrah. "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Vergi Cezalarında "Non Bis İn İdem" İlkesine İlişkin A ve B v. Norveç Kararının Türk Vergi Hukuku Uygulamasına Etkileri." *Vergi Sorunları Dergisi*, no. 350 (Kasım, 2017): 108-20.
- Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Gündoğdu, Selim. "Vergi İdari Yargılaması ve Vergi Ceza Yargılamasında Aynı Fiilin Farklı Nitelendirilmesinin Hukuki Güvenlik ve Adil

- Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi.” içinde *İnsan Hakları Komisyonu Çalışmaları 6. Dönem (2020-21)*, 353-462. Ankara: Danıştay Yayınları, 2021.
- Güneş Karaçoban, Tuğçe. “Vergi Yaptırım Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesi.” *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2 (Temmuz-Ağustos, 2016): 85-106.
- Üzeltürk, Hakan. “Ne Bis İn İdem: Bir Anayasa Mahkemesi Kararı.” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 2 (2019): 215-31.
- Yaltı, Billur. “İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılanma: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Bendenoun Kriterlerinden Jussila Kriterlerine” *Vergi Sorunları Dergisi*, no. 225 (Haziran, 2007): 7-20.
- Yaltı, Billur. “İHAM’ın Glantz Kararının Ardından: Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non Bis İn İdem İlkesine Aykırılığı Üzerine.” *Vergi Sorunları Dergisi*, no. 317 (Şubat, 2015): 85-92.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016.
- Yılmazoğlu, Yunus Emre. *İdari Yargıda Hak Eksenli Dönüşüm–Vergi Uyuşmazlığından Doğan İdari Davalarda Mülkiyet Hakkının Korunması*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Yılmazoğlu, Yunus Emre. “Vergi Yargısı Uygulamasında Kabahatler Kanunu’na Alternatif Bir bakış ve Vergi Ziyat Doğuran Fiillere İştirake İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararına Dair Bir İrdeleme.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 124 (Mayıs-Haziran, 2016): 323-52.

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E.2012/136, K.2012/181, 22.11.2012

AYM, E.2019/16, K. 2019/15, 14.3.2019

AYM, E.2019/4, K.2021/78, 4.11.2021

Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt, B. No: 2012/403, 26/3/2013

Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 13/6/2013

E. T. Y. İ. A. Ş., B. No: 2013/596, 8/5/2014

Hüseyin Şahin [GK], B. No: 2013/1728, 12/11/2014

Gür-Sel İnşaat Malzemeleri San. Tic. Ltd. Şti., B. No: 2013/4324, 7/7/2015

Özcan Pektaş, B. No: 2013/6879, 2/12/2015

Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018

Galip Şahin, B. No: 2015/6075, 11/6/2018

Ünal Gökpınar [GK], B. No: 2018/9115, 27/3/2019

Türkiye İş Bankası A.Ş. (9), B. No: 2016/2400, 3/4/2019

Mehmet Turgay Özbekler, B. No: 2017/20779, 11/3/2020

Famiye Beğim ve Mehmet Tahir Beğim, B. No: 2017/21882, 10/02/2021

Abdülaziz Gökalp, B. No: 2018/23214, 25/2/2021

Ali Timur Karabacak ve diğerleri, B. No: 2018/17190, 13/1/2022

AİHM Kararları

Engel ve Diğerleri/Hollanda, [GK] B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8/6/1976

X/Avusturya (k.k.), B. No: 9295/81, 6/10/1982

C/Birleşik Krallık (k.k.), B. No: 11882/85, 7/10/1987

Bendenoun/Fransa, B. No: 12547/86, 24/2/1994

Agrotexim ve Diğerleri/Yunanistan, B. No: 14807/89, 24/10/1995

Ferrazzini/İtalya, B. No: 44759/98, 12/7/2001

Janosevic/İsveç, B. No: 34619/97, 23/7/2002

Ringvold/Norveç, B. No: 34964/97, 11/2/2003

Morel/Fransa (k.k.), B. No: 54559/00, 3/6/2003

Isaksen/Norveç (k.k.), B. No: 13596/02, 2/10/2003

Manasson/İsveç (k.k.), B. No: 41265/98, 20/07/2004

Pokis/Letonya (k.k.), B. No: 528/02, 5/10/2006

Jussila & Finlandiya [BD] B. No: 73053/01, 23/11/2006

- Carlberg/İsveç*, B. No: 9631/04, 27/01/2009
Sergey Zolotukhin/Rusya [BD], B. No: 14939/03, 10/2/2009
Ruotsalainen/Finlandiya, B. No: 13079/03, 16/6/2009
Çelik Bozkurt/Türkiye, B. No: 34388/05, 12/4/2011
Kapetanios/Yunanistan, B. No: 3453/12, 42941/12, 9028/13, 30/4/2015
A ve B/Norveç [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016
Glantz/Finlandiya, B. No:37394/11, 20/05/2014
Pirttimäki/Finlandiya, B. No: 35232/11, 20/05/2014
Lucky Dev/İsveç, B. No: 7356/10, 27/11/2014, 27/11/2014
Kemal Coşkun/Türkiye, B. No: 45028/07, 28/3/2017
Jóhannesson ve diğerleri/İzlanda, B. No: 22007/11, 18/5/2017
Seven/Türkiye, B. No: 60392/08, 23/1/2018
Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda (k.k.), B. No: 22779/14, 04/12/2018
Ragnar Thorisson/İzlanda, B. No: 52623/14, 12/02/2019
Bjarni Ármannsson/İzlanda, B. No: 72098/14, 16/04/2019
Mihalache/Romanya [BD], B. No: 54012/10, 8/7/2019

Danıştay Kararları

- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E. 2019/1467, K. 2020/1051, 21/10/2020
Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/1063, K. 2020/1306, 2/12/2020
Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/853, K. 2022/17, 19/1/2022
Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/676, K. 2022/23, 19/1/2022

Yargıtay Kararları

- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2019/7-84-2020/399, 6/10/2020
Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2021/30905, K. 2021/28851, 8/12/2021

İpotek Süresi ve Bu Sürenin Geçmesinin İcra Hukukuna Etkileri

Fatih ZORA*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Arş. Gör. Dr., Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı. (fzora@pau.edu.tr)
ORCID ID: [0000-0003-1380-0739](https://orcid.org/0000-0003-1380-0739)

Makale geliş tarihi: 19 Mayıs 2022 **Makale kabul tarihi:** 23 Temmuz 2022

Atıf önerisi: Zora, Fatih. “İpotek Süresi ve Bu Sürenin Geçmesinin İcra Hukukuna Etkileri.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 3 (Temmuz 2022): 329-394. **DOI:** [10.30915/abd.1118885](https://doi.org/10.30915/abd.1118885).

İPOTEK SÜRESİ VE BU SÜRENİN GEÇMESİNİN İCRA HUKUKUNA ETKİLERİ

ÖZ

İpotek sözleşmesinin temel amacı doğmuş yahut doğacak veyahut doğması muhtemel bir alacağın rehin konusu taşınmaz ile güvence altına alınmasıdır. Temel borç ilişkisindeki asıl alacak ödenmediği takdirde, alacaklı taşınmazın satılmasını sağlayarak, satım bedelinden alacağını elde edebilir. Ancak taraflar, yaptıkları ipotek sözleşmesi ile ipoteğin sağladığı bu güvenceyi süre ile sınırlandırabilir. Bu anlamda, ipoteğin süreli yahut süresiz olarak kurulması mümkündür. İpoteğin süreli olarak kurulduğu durumlarda, ipotek süresinin geçmesi ile ipotek hakkı da sona ermekte ve 2019 yılında 7181 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesine eklenen 2. fıkra uyarınca belirli şartlar dâhilinde, alacaklının iradesine yahut dava açılmasına gerek olmaksızın taşınmaz malikinin talebiyle ipoteğin terkinin sağlanabilmektedir. Çalışmamızda, taraflarca sözleşme ile öngörülen ipotek süresinin hukuki niteliği açıklanmaya çalışıldıktan sonra, bu sürenin dolmasının icra hukukuna etkileri üzerinde durulacaktır.

Anahtar kelimeler:

ipotek

ipotek süresi

ipotek hakkının sona ermesi

icra hukuku

ipoteğin paraya çevrilmesi

HYPOTHEC PERIOD AND THE EFFECTS OF EXCEEDING THIS PERIOD ON ENFORCEMENT LAW

ABSTRACT

The main purpose of the hypothec contract is to secure a receivable that has arisen or will arise or is likely to arise, with the immovable property subject to collateral. If the principal debt in the underlying debt relationship is not paid, the creditor can obtain the receivable from the sale price by selling the immovable property. However, the parties may limit this assurance provided by the hypothec with a period with the hypothec agreement they have made. In this sense, it is possible to establish a hypothec on a temporary or indefinite basis. In cases where the hypothec is established for a limited period, the hypothec right ends with the expiration of the hypothec period. And according to the second paragraph added to the article 883 of the Turkish Civil Code with the 19th article of the Law No. 7181 in 2019, the hypothec can be released at the request of the immovable property owner without the need of the will of the creditor or filing of a lawsuit. In our study, after trying to explain the legal nature of the hypothec period stipulated by the contract by the parties, the effects of the expiration of this period on the enforcement law will be emphasized.

Keywords:

hypothec

hypothec period

termination of hypothec right

enforcement law

hypothec liquidation procedures

GİRİŞ

İpotek sözleşmesinin tarafları karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile ipoteğin süreli olarak kurulmasını kararlaştırabilir. Ancak 2019 yılında yapılan değişiklikten önce Türk Medeni Kanunu'nda^[1] ipotek süresini doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmadığından, ipotek süresinin niteliği ve bu sürenin geçmesinin sonuçları noktasında doktrinde ve yargı kararlarında farklı görüşler savunulmuştur.^[2] 2019 yılında ise 7181 sayılı Kanun'un^[3] 19. maddesinin 2. fıkrası ile Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesine ikinci fıkra eklenmek suretiyle ipotek süresi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; ipoteğin süreli olarak kurulduğu hâllerde, ipotek süresinin bitiminden itibaren otuz gün içinde İcra ve İflas Kanunu'nun^[4] 150/c maddesinde düzenlenen şerhin tapu siciline işlenmemesi halinde ipotek, taşınmaz malikinın talebiyle tapudan terkin edilebilmektedir (TMK m. 883/2). Çalışmamızın temel amacı da, yapılan bu düzenleme ışığında ipotek süresini ve bu sürenin geçmesinin icra hukukuna etkilerini değerlendirmektir. Bu kapsamda, çalışmamızda öncelikle ipotek ve ipotek sözleşmesi ile ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yolları hakkında açıklamalar yapılmıştır. Daha sonra doktrinde ve Yargıtay kararlarında ileri sürülen görüşler çerçevesinde ipotek süresinin hukuki niteliği incelenmiş ve süresi dolmasına rağmen tapudan terkin edilmemiş ipotek üzerinde durulmuştur. Son olarak da ipotek süresi geçmiş alacağın takibi çeşitli ihtimaller dikkate alınarak incelenmiş, süresi geçmiş ipoteğin paraya çevirme ve paraların paylaşılması aşamalarındaki durumu değerlendirilmiştir.

I. İPOTEK VE İPOTEK SÖZLEŞMESİNE GENEL BAKIŞ

Türk Medeni Kanunu'na göre taşınmaz rehini; ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi olmak üzere üç şekilde kurulabilir (TMK m. 850). Bunlar

[1] RG. S. 24607, T. 08.12.2001.

[2] Mehmet Akçaal, "İpoteğin Kaldırılması Davası," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2019): 566.

[3] Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. Bkz. R.G. S. 30827, T. 10.07.2019.

[4] RG. S. 2128, T. 19.06.1932.

arasında uygulamada en sık kullanılanı ise ipotektir.^[5] İpotek, asıl alacağın ödenmemesi halinde, rehin konusu taşınmazı cebri icra yoluyla sattırmak suretiyle satış bedelinden alacağın elde edilmesini sağlayan aynı bir haktır (TMK m. 873).^[6] Aynı hak olmasının bir sonucu olarak da taşınmazı sonradan devralan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir.^[7]

İpotek hakkı, kanundan yahut sözleşmeden doğabilir. Bu bağlamda, mevcut yahut henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya muhtemel bir alacağın temini amacıyla, borçlu yahut üçüncü bir kişinin taşınmazı üzerine ipotek tesis edilmesi noktasında sözleşme yapılabilir (TMK m. 881). Bu sözleşme, rehin sözleşmesinin özel bir türüdür ve ipotek sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır.^[8]

İpotek sözleşmesi ile bir alacağın güvence altına alınması hedeflenir. Sözleşme ile üzerinde ipotek kurulan taşınmaz, asıl alacak için teminat fonksiyonunu yerine getirir.^[9] Dolayısıyla, kefalet sözleşmesinden farklı olarak

-
- [5] Faruk Acar, *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, Tıpkı 2. Basım (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 59.
- [6] Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, 9. Basım (İstanbul: Der Yayınları, 2020), 181; Şeref Ertaş, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku*, 6. Bası (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 505; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku III, Sınırlı Aynı Haklar*, 9. Baskı. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 254.
- [7] Nedim Meriç ve Ahmet Cahit İyilikli, “Taşınmaz Teminatının Üçüncü Kişi Alacaklıının Alacağını Perdeleyip Takibi Semeresiz Bırakması Üzerine Bir İnceleme,” *TAAD* 9, no. 33 (Ocak, 2018): 45.
- [8] Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 20. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 748.
- [9] Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 22. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 1094; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 630. İpotek sadece alacağı temin etme, güvence altına alma fonksiyonuna sahiptir. Bu anlamda diğer taşınmaz rehini türleri olan ipotekli borç senedi ve irat senedinde farklı olarak taşınmazın değerini tedavül etme fonksiyonu yoktur. Bkz. Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982-1983), 257 vd.; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 554; Ayan, *Sınırlı Aynı Haklar*, 254-255.

ipoteke sözleşmesi şahsi değil aynı teminat sözleşmesidir.^[10] Bu çerçevede ipotek sözleşmesinden ve ipotekten söz edilebilmesi için öncelikle bir (asıl) alacak gereklidir.^[11] Ancak belirttiğimiz üzere; bu alacağın henüz doğmamış olması ipotek kurulmasına engel olmaz. Henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya muhtemel bir alacağın temini için de ipotek kurulabilir (TMK m. 881).^[12]

İpotek, kural olarak asıl alacağa bağlı bir haktır.^[13] Bu sebeple, temin ettiği asıl alacak geçersiz ise ipotek hakkı da geçersizdir.^[14] Bu anlamda, asıl alacağı doğuran temel ilişki geçersiz ise tescil edilmiş olsa dahi ipotek hakkı kazanılamaz.^[15] Bunun gibi asıl alacak bir şekilde sona ererse, ipotek

[10] Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 8. Bası (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 776.

[11] Jale G. Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Üçüncü Kitap Mahdut Ayni Haklar* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1974), 226; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1095.

[12] Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, 748-749. Bu kapsamda, örneğin doğumu vadeye (doğması kesin) veya şarta bağlı (doğması muhtemel) alacakları temin etmek için de ipotek kurulabilir. Bkz. Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 8. Bası (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 357.

[13] Rona Serozan, "Taşınmaz Rehni," *İÜHF* 64, no. 2 (2006): 306; Akipek, *Mahdut Ayni Haklar*, 227; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1095; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, 748. İpotek, asıl alacağa bağlı olmakla beraber, kural olarak asıl alacağın varlığına veya miktarına delil teşkil etmez. Bkz. Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 358; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1097. Zira ipotek, henüz doğmamış alacaklar için kurulabileceği gibi asıl alacağı doğuran hukuki işlemin geçersiz yahut asıl alacağın sonradan ifa edilmiş olması ancak buna rağmen ipotek tapu sicilinden terkin edilmemiş olması mümkündür. Bu sebeple, ipotekle temin edilmiş alacak devredildiği takdirde, borçlu yeni alacaklıya alacağın geçersiz olduğunu, doğmadığını yahut ifa veya benzeri bir nedenle sona ermiş olduğunu ileri sürebilir. Bu anlamda, yeni alacaklı tapuda şekli olarak görünen ipotek tesciline iyiniyetli olarak dayandığını borçluya karşı ileri süremez. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1100.

[14] Erman, *Eşya Hukuku*, 172; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 358.

[15] Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 358; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1096; Erman, *Eşya Hukuku*, 182; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 558. Örneğin; asıl alacağı doğuran temel borç ilişkisi (satım yahut acentelik sözleşmesi

hakkının kendisi de sona ermektedir (TBK m. 131).^[16] Aynı sebeple asıl alacak, hukuki işlem yahut kanun gereği veyahut da mahkeme kararı ile üçüncü kişiye devredilirse, ipotek hakkı da kendiliğinden yeni alacaklıya geçer.^[17] Bunun gibi asıl alacak devredilmeden ipotek hakkının devredilmesi de mümkün değildir.^[18]

gibi) emredici hukuk kurallarına aykırılık, tarafların ehliyetsizliği yahut şekil şartlarına uyulmaması nedeniyle geçersiz ise tescil edilmiş olsa dahi ipotek hakkı doğmaz. Bkz. Ertaş, *Eşya Hukuku*, 530; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1096.

- [16] Serozan, “Taşınmaz Rehni,” 306; Akipek, *Mahdut Ayni Haklar*, 227; Erman, *Eşya Hukuku*, 172; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 506, 531; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, 748; Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, 256; Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 3. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 281; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 345; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1101.
- [17] Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 359; Akipek, *Mahdut Ayni Haklar*, 227; Erman, *Eşya Hukuku*, 182. Asıl alacağın hukuki işlemle devredilmesi, genellikle alacağın devri (temlik) sözleşmesi ile gerçekleşir. Bu sözleşmenin geçerli olması için genel hükümler uyarınca yazılı olarak yapılması yeterli olup, tapu dairesinde yapılmasına veyahut tescil edilmesine gerek yoktur. Geçerli bir şekilde yapılmış alacağın devri sözleşmesi ile de ipotek kendiliğinden alacağı devralan kişiye geçer. Ayrıca alacağın sözleşme ile devredildiği durumlarda, sicilden eski ipotekli alacaklının silinmesi ve yeni alacaklının adının yazılması da söz konusu değildir. Bu durum, tarafların talebi ile tapu sicilinde düşünceler sütununda belirtilebilir. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1098-1099; Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, 256, 279-280. Ancak alacağın devrinin düşünceler sütununda belirtilmemesi de ipotegin yeni alacaklıya geçmesine engel olmaz. Bkz. Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, 256.
- [18] “Somut uyuşmazlıkta; 28.03.2013 tarihli protokole göre; dava dışı şirket tarafından davalı aleyhine kesilen fatura nedeni ile borçluya ait taşınmaz üzerinde alacaklı firma ortağı ... adına 200.000 TL bedelli 2 yıl süreli ipotek tesis edilmesi kararlaştırılmış ise de; *ipotek, asıl alacağa bağlı ferî bir hak olup asıl alacak devredilmeden ipotek alacağı devredilemeyecektir*. Mahkemece, dava dışı asıl alacaklı şirket ile davacı arasında yazılı temlik sözleşmesi ibraz edilmediği, protokolde dava dışı şirket ismi, kaşesi bulunmadığı, bonoların dava dışı şirket adına düzenlendiği gerekçesi ile davanın reddine dair karar verilmesinde usul ve esas yönünden hukuka aykırılık bulunmadığından davacı vekilinin istinaf isteminin HMK 353.1.b.1 maddesi gereğince esastan reddine karar vermek gerekmiştir.” İstanbul BAM 16. HD. E. 2017/6316, K. 2020/1940, 17.11.2020, legalbank.net, Erişim tarihi: 05.10.2021.

İpotek, diğer taşınmaz rehinleri gibi ancak tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulabilir (TMK m. 853).^[19] Rehın hukukuna hâkim olan belirlilik ilkesi uyarınca, ipotek tesis edilirken bu taşınmazın da belirtilmesi gerekir (TMK m. 854).^[20] Ancak ipotek tesis edilecek taşınmazın, asıl alacağın borçlusunun mülkiyetinde bulunması şart değildir (TMK m.881/2). Bu sebeple temel borç ilişkisinden kaynaklanan asıl alacağın temini için borçluya ait taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilebileceği gibi borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişiye ait bir taşınmaz üzerinde de ipotek tesis edilebilir. Temel borç ilişkisinde borçlu olan taraf, kendi borcunu temin için taşınmazı üzerinde ipotek tesis ettiğinde, borçtan dolayı kişisel sorumluluğu devam eder. Bir başka deyişle borçlu, sadece ipotegin tesis edildiği taşınmaz ve ipotek miktarı ile değil bütün malvarlığı ile borçtan sorumludur.^[21] Ancak, kural olarak borçlunun diğer malvarlığı unsurlarına doğrudan başvurulamaz. İcra ve İflâs Kanunu'nun 45. maddesine göre alacaklının önce rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapması gerekir ve ancak bu yolla alacağını tam olarak alamayacağı anlaşıldığı takdirde borçlunun diğer malvarlığı unsurlarına başvurabilir.^[22] Öte yandan taşınmaz maliki temel borç ilişkisinin tarafı değilse, yani taşınmaz maliki, başkasının borcu için kendi taşınmazını teminat olarak gösteriyorsa, asıl borçtan şahsi olarak sorumlu değildir.^[23] Bu kişi, şahsi olarak kefil olmadığı müddetçe, sadece teminat

[19] İpotegin teminat fonksiyonu; taşınmaz, bu taşınmazın bütünleyici parçaları, eklentileri, (belirli süre sınıryla) kira getirileri ve varsa sigorta tazminatları ile kamulaştırma bedeli tarafından yerine getirilir. Bkz. Ertaş, *Eşya Hukuku*, 519 vd.

[20] Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 338. Bu ilke uyarınca ipoteye konu olacak taşınmazın belirli olması gerektiği, bu anlamda açık ve kesin olarak kararlaştırılmadan genel bir biçimde bir kişinin mülkiyetinde bulunan veya bulunacak bütün taşınmazların rehedilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 338; Erman, *Eşya Hukuku*, 174; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 508; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 290.

[21] Akipek, *Mabdut Ayni Haklar*, 228; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 630; Serozan, "Taşınmaz Rehni," 312; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 506; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1102; Acar, *Belirlilik İlkesi*, 59.

[22] Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 452; Serozan, "Taşınmaz Rehni," 312-313.

[23] Ertaş, *Eşya Hukuku*, 506, 530; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1102, 1025; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 630. Serozan, "Taşınmaz Rehni," 305, 313;

gösterdiği taşınmaz ile sınırlı olarak, ipoteğin sağladığı güvence miktarı ile sorumludur. Bu sebeple taşınmaz paraya çevrilmesine rağmen alacak tamamen karşılanamıyorsa, alacağın geri kalan kısmı için taşınmaz maliki olan üçüncü kişinin diğer malvarlığı unsurlarına başvurulamaz.^[24] Bu durum üçüncü kişinin, taşınmazı ipotek ile kısıtlı olduğu hâlde devralmasında da geçerlidir.^[25] Nitekim taşınmazın devri, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, borçlunun sorumluluğunda ve güvencede değişiklik meydana getirmez (TMK m. 888/1). Dolayısıyla, taşınmaz devredilirse, eski malik (kendi borcu için taşınmazında ipotek tesis eden kişi) asıl borçtan sorumlu olmaya devam ederken, yeni malik asıl alaktan şahsi olarak sorumlu olmaz.^[26] Ancak yeni malik borcu üstlendiğini belirtirse,^[27] alacaklı, kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak eski borçluya bildirmediği takdirde, eski borçlu borcundan kurtulurken yeni malik borçtan şahsen de sorumlu olur (TMK m. 888/2).^[28]

İpotek sözleşmesi, kural olarak tapu dairesinde resmi şekle tabi olarak yapılan bir hukuki işlemdir (TMK m. 856/2).^[29] Bu sözleşmeye dayanılarak

Erman, *Eşya Hukuku*, 183.

[24] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1102; Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, 258.

[25] Akipek, *Mahdut Ayni Haklar*, 230-321; Aybay ve Hatemi, *Eşya Hukuku*, 282. Bu konuda ayrıca bkz. İİK m. 125.

[26] Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 566.

[27] Bu durum genellikle borçlu (eski malik) ile taşınmazı devralan üçüncü kişi (yeni malik) arasında yapılan bir sözleşmeye dayanır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 386 vd.

[28] Aybay ve Hatemi, *Eşya Hukuku*, 283; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 362; Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, 274-275; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1105-1106; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 386 vd.; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 532. Belirttiğimiz üzere alacaklı, belirtilen sürede hareketsiz kalarak zımni olarak borcun üstlenilmesini kabul edebileceği gibi kendisine yapılan bildirim üzerine açık bir rıza beyanıyla da borcun yeni malik tarafından üstlenilmesini kabul edebilir. Bkz. Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 566.

[29] Resmi şekle riayet edilmeksizin yapılan ipotek sözleşmeleri geçerli değildir. Bkz. Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 345; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 558. İpoteğin kurulmasından sonra ipotek yükünü artırmaya yönelik ek sözleşmelerin de resmi

yapılan tescil ile de ipotek hakkı doğmaktadır.^[30] İpotek sözleşmesi (resmi senet), tapu memuru tarafından düzenlenir, taraflar ile resmi senedi hazırlayan memur tarafından imzalanır ve tapu müdürü yahut görevlendirilen başka bir memur tarafından onaylanır (TK m. 26/6). Ancak mevzuatımız, özellikle banka, kamu kurumları, esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile tarım kredi kooperatifleri tarafından verilecek borç ve kredilerin temini için gösterilen taşınmazların ipotek işlemlerinin, yukarıda belirtilen şekilde resmi senet düzenlenmeksizin, kredi ve borç sözleşmesine istinaden tapuya tescil edilebileceğini de öngörmektedir (TK m 26/10). Bu sisteme göre ilgili banka veya kamu kurumu, kredi yahut borç sözleşmesi ile bu sözleşmenin eki niteliğindeki “onama ipoteği tesis ve tescil istem belgesini” elektronik ortamda yahut fiziki olarak tapu dairesine gönderir. Bunun üzerine ipotek, tapu dairesinde düzenlenen ve ilgili taşınmazın maliki tarafından imzalanan tescil onama/tescil belgesine dayanılarak resmi senet düzenlenmeksizin tescil edilir.^[31]

İpotek sözleşmesinin içeriğine ve temin edilecek alacağın niteliğine göre tapuda kurulacak ipoteğin çeşidi ve bu kapsamda da sağladığı güvence belirlenmektedir. Bu çerçevede, anapara^[32] ve üst sınır ipoteği^[33] olmak üzere iki

şekle bağlı olarak yapılması gerekir. Buna karşılık ipotek yükünü azaltmaya yönelik sözleşmeler, resmi şekil şartına tabi değildir. Bkz. Sirmen, *Eşya Hukuku*, 640.

[30] Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 556, 558; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 640. İpotek sözleşmesi bir sebepten dolayı geçersiz ise buna dayanılarak yapılan tescil, yolsuz tescil olarak nitelendirilir. Bkz. Sirmen, *Eşya Hukuku*, 640.

[31] Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 32. Bkz. (RG. S. 27402 T. 10.11.2019 değişiklik için bkz RG. S. 31542, T. 15.07.2021)

[32] Doktrinde ve uygulamada anapara ipoteği yerine, sermaye ipoteği, sabit meblağ ipoteği, kesin ipotek, kapital ipotek veya karz ipoteği ifadeleri de kullanılmaktadır. Bkz. Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku*. (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2018), 757; Yeşim Güleklî, *İpotelin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı (Türk Medeni Kanunu 766-790 Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle)*, (İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. 1992), 64-65; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 632. Y. 12. HD. E. 2019/12901, K. 2020/6072, 01.07.2020, legalbank.net, Erişim tarihi: 05.10.2021.

[33] Doktrinde ve uygulamada üst sınır ipoteği yerine, azami meblağ (had) ipoteği, limit ipoteği veya maksimal ipotek ifadeleri de kullanılmaktadır. Bkz. Ertaş, *Eşya Hukuku*,

ipoteke türü bulunmaktadır. İpoteke ile temin edilmek istenen alacak, tescil anında belirli^[34] ise anapara ipoteği, alacak henüz belirli değilse^[35] üst sınır ipoteği tesis etmek mümkündür.^[36] Ancak taraflar isterse mevcut ve belirli bir alacağın temini için de üst sınır ipoteği kurabilir.^[37] İpoteke çeşidinin tespiti, yapılabilecek takibin türünü ve taşınmazın sağladığı güvence kapsamını, bu anlamda da taşınmazdan elde edilebilecek miktarın belirlenmesinde önem

507; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 760.

- [34] Doktrinde, alacağın “belirli” olmasının, alacağın doğmuş olması ile yahut doğmasının kesin veya muhtemel olması ile doğrudan bir bağlantısının olmadığı belirtilmektedir. Dolayısıyla, henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin (vadeye bağlanmış) yahut muhtemel (şarta bağlanmış) bir alacağın da “belirli” olabileceği belirtilmektedir. Bu kapsamda, belirli ancak vadesi gelmediği için muaccel olmayan bir para alacağının da anapara ipoteğine konu olabileceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede, kira sözleşmesinde belirlenen ancak henüz doğmamış olan aylık kira bedelleri örnek olarak gösterilmektedir. Açıklamalar ve örnekler için bkz. Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 334-335. Aynı görüşte; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 633-634.
- [35] Üst sınır ipoteğine konu olan “belirsiz” alacakların, tescil aşamasında ve ileriki doğum zamanında miktarının ne olacağı kesin olarak bilin(e)meyen alacaklar olduğu belirtilmektedir. Bkz. Ertaş, *Eşya Hukuku*, 507. Buna göre; “miktarı ipoteğin tesis anında muayyen (belirli) olan alacaklar için, anapara ipoteği, miktarı ipoteğin tesis anında muayyen (belli) olmayan fakat ileride tahakkuku muhtemel alacaklar için ise azami meblağ ipoteği tesis” edilebileceği kabul edilmektedir. Ertaş, *Eşya Hukuku*, 528. Alacağın belirli olmadığı durumlara tipik örnek olarak ise cari hesap şeklinde işleyen kredi sözleşmeleri gösterilmektedir. Bkz. Erman, *Eşya Hukuku*, 173.
- [36] Erman, *Eşya Hukuku*, 173; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 328; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 529; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 284 vd.; Gülekli, *İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı*, 64 vd.; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 632-633.
- [37] Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 328; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 633. Tarafların ipoteke sözleşmesinde ipoteke türünü belirtmesi zorunlu değildir. Tarafların ipoteke türünü belirtmediği durumlarda, yukarıda belirtildiği üzere, alacağın belirli olup olmadığı öncelikli olarak dikkate alınır. Ancak alacağın belirli olduğu durumlarda da üst sınır ipoteği kurulabileceği için ipoteke türünü belirlerken (tarafların iradelerinin açık olmadığı durumlarda) diğer kriterleri de dikkate almak gerekir. Doktrindeki bir görüşe göre; “Aksi belirtilmedikçe ipoteke hakkının; güvence altına alınan alacağın miktarı belli olup, rehin miktarı alacak miktarı ile aynı veya ondan daha az ise anapara ipoteğinin; rehin miktarı alacak miktarından daha çok ise, üst sınır ipoteğinin kurulmak istendiği kabul edilir.”. Bkz. Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 347. Aynı yönde; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 633.

arz eder.^[38] Üst sınır ipoteği söz konusu olduğu durumlarda, taşınmazın sağladığı güvencenin üst sınırı belirlenmiş olur. Tapu sicilinde gösterilen rehin miktarı (üst sınır), anapara ipoteğinden farklı olarak, faiz ve takip masrafları ile aşılamaz. Alacaklının bütün talepleri, tapu sicilinde gösterilen (üst sınır) miktar ile sınırlı olarak güvence kapsamındadır.^[39] Anapara ipoteğinde ise herhangi bir üst sınır olmaksızın ipotek bedeli (rehin miktarı) olarak kararlaştırılan miktarın dışında, faizler ve takip masrafları da ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip sonucu elde edilebilecek meblağdan karşılanabilir.

II. İPOTEĞİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ

İpotek, temin ettiği alacağın ödenmemesi halinde, ilgili taşınmazın paraya çevrilmesini ve elde edilecek gelirden alacağın tahsil edilmesini sağlayan aynı bir haktır (TMK m. 873).^[40] Bu bağlamda, borcun ödenmemesi hâlinde, taşınmazın mülkiyetinin doğrudan alacaklıya geçmesi söz konusu olmaz. Tarafların bu yönde yaptığı sözleşmeler de geçersizdir (TMK m. 873/2).^[41] Bu nedenle alacaklı, muaccel olan borcun ödenmesini, ödenmemesi hâlinde taşınmazın satımının gerçekleştirilmesini, satım bedelinden de alacağın tahsil

[38] Meriç ve İyilikli, “Taşınmaz Teminatı,” 48.

[39] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 634; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 331. İpotekin alacak bakımından sağladığı güvencenin kapsamına, anapara, takip masrafları, temerrüt faizi (gecikme faizi) ve belirli şart ve süreler ile kısıtlı olmak üzere anapara faizi girmektedir (TMK m. 875). Bu sebeple, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip sonucu satılan taşınmazın bedelinden alacaklı bu taleplerini tahsil edebilir. Ancak anapara ipoteğinden farklı olarak, üst sınır ipoteğinde bu talepler ancak tapuda üst sınır olarak belirtilen miktara kadar ipotekli taşınmazın satış bedelinden alınabilir. Bu sebeple de üst sınır ipoteğinde, üst sınır olarak gösterilen miktara kadar rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir. Bu sınırı aşan şekilde takip başlatılırsa, sınırı geçen kısmın iptali için süresiz şikâyet yoluna başvurulabilir. Bkz. Hakan Pekantitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 7. Bası, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 317. Ancak belirtmek gerekir ki; üst sınırı aşan alacak miktarı, ipotek güvencesinden yararlanmamakla beraber yine de adi bir alacak olarak geçerlidir. Bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 760. Bu nedenle alacaklı, üst sınırı aşan alacağı için doğrudan haciz yoluyla takip yapabilir. Bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 454.

[40] Meriç ve İyilikli, “Taşınmaz Teminatı,” 48.

[41] Bu ilke, “Lex Commissoria Yasağı” olarak da adlandırılmaktadır.

edilmesini sağlamak için İcra ve İflâs Kanunu'nun 145 ile 153. maddelerinde özel olarak düzenlenmiş takip yollarına başvurulmalıdır.^[42]

Buna göre; alacaklı, elindeki belgelerin niteliğine göre, ipotekle temin edilmiş alacağın tahsili için ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takip yahut ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip yapmalıdır. Kural olarak, ipotekle temin edilmiş alacaklar bakımından bu yollara başvuru ihtiyari değil, zorunludur. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 45. maddesi uyarınca “rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflâsa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir.”^[43] Bu sebeple, Kanun'da belirtilen istisnalar dışında, ipotek ile temin edilmiş bir alacağın tahsili için doğrudan haciz yahut iflâs yoluna başvurulamaz.^[44]

[42] Sözleşme ile paraya çevirme işlemi için alacaklıya yetki verilir verilemeyeceği, bu anlamda takip yapmaksızın alacaklının özel bir şekilde ipotekle kısıtlanmış taşınmazın satımını gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 752.

[43] Belirtmek gerekir ki; bu kural yapılacak icra takipleri için geçerli olup, ipotek ile temin edilmiş bir alacağın alacaklısı, bu hükme rağmen genel mahkemelerde alacak davası açabilir. Ancak bu dava sonucunda alınacak ilâm ile de sadece rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takip yapılabilir. Bkz. Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 5. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 328; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 455.

[44] “İİK.’nin 45. maddesi asıl borçlular ile ilgili olarak düzenlenmiş olup, alacağı rehinle temin edilen bir kimsenin “rehni veren” hakkında doğrudan doğruya genel haciz yolu ile takibe geçmesini önlemekte ve rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu İflâsa tâbi şahıslardan olsa bile, alacaklının yalnız rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabileceğine ilişkin bulunmaktadır. Bir diğer anlatımla, İİK.’nin 45. maddesi asıl borçlu için getirilmiş bir kural olup, kefiller hakkında uygulanmaz. Öte yandan, Hukuk Genel Kurulunun 18/4/2001 tarih ve 2001/12-354 Esas, 2001/367 Karar sayılı ilamında açıklandığı üzere alacağın rehin tutarı ile karşılanamayacağına anlaşılması ve bunun belirgin olması durumunda tahsilde tekrerrü olmamak kaydı ile alacaklının asıl kredi borçlusu hakkında haciz yolu ile takip yapmasına bir engel bulunmamaktadır. Öte yandan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil kefalet başlıklı 586. maddesinde ise, “Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefli takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir” şeklinde düzenleme yer almaktadır. Bir kişi, hem asıl borç için ipotek vermiş, hem de asıl borca müteselsil kefil olmuşsa, alacaklı o

Buna rağmen ipotekle temin edilmiş bir alacak için doğrudan haciz yahut iflâs yoluyla takip yapılırsa, şikâyet yoluna başvurulabilir.^[45] Ancak ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmasına rağmen taşınmaz, satış isteyen alacağına derece itibariyle rüçhanı olan diğer rehinli alacakların tutarından fazla bir bedelle alıcı çıkmamasından dolayı satılamaz yahut satılıp da satış bedeli rehinli alacaklının alacağını karşılamazsa, alacaklıya kesin rehin açığı belgesi verilir (İİK m.152).^[46] Kesin rehin açığı belgesi alan alacaklı ise borçluya karşı haciz yahut şartları varsa iflâs yolu ile takip yapabilir (İİK m. 152/2).^[47]

kişiye karşı, hem (asıl borçlu ile birlikte) ipotek veren üçüncü kişi sıfatı ile ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir, hem de ipotek limiti dışında kalan alacak bölümü için müteselsil kefil sıfatı ile genel haciz yolu ile takip yapabilir (Prof Dr. Baki Kuru İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı İkinci Basım 2013). Kredi sözleşmesinin müteselsil kefilleri kendi kefaletlerinin teminatı olarak ipotek vermişler ise bu halde asıl borçlu gibi haklarında öncelikle İİK'nun 45. maddesinde öngörülen rehin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılması zorunluluğu vardır (Dairemizin 2009/13472 E. 2009/22005 K. sayılı ve 2010/3174 E., 2010/15516 K. sayılı içtihadı). Öte yandan alacağın ipotekle karşılanmayan kısmı için müteselsil kefil aleyhine genel haciz yolu ile takip yapılabilir.” Y. 12. HD. E. 2021/1478, K. 2021/6918, 24.06.2021, kazancihukuk.com, Erişim tarihi: 09.10.2021

[45] İİK'nın 45. maddesinin kamu düzenine ilişkin olduğu, dolayısıyla bu kurala aykırı olarak doğrudan haciz yahut İflâs yoluna başvurulursa, takibin iptali için süresiz şikâyet yoluna başvurulabileceği yönünde bkz. Kuru ve Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 327; İbrahim Aşık, *İcra Sözleşmeleri* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 139 vd. Bu konudaki detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz. Aşık, *İcra Sözleşmeleri*, 131 vd. 139; Müjgan Tunç Yücel, *Banka Alacaklarının İpotekinin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 106 vd. 120; Ali Cem Budak, *İpotekinin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 12 vd.; 52 vd. Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 311.

[46] Ayrıca ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip sırasında alacaklının satış talebinden sonra yapılan ve kesinleşen kıymet takdirine göre rehinli taşınmazın alacağı karşılamayacağı anlaşıldığı takdirde, talep üzerine alacaklıya açık kalan kısım için geçici rehin açığı belgesi verilir. Alacaklı bu belgeyle, aynı dosyada borçlunun diğer mallarına haciz konulmasını talep edebilir (İİK m. 150/f).

[47] Anlaşılacağı üzere; rehin açığı belgesi, önce rehine başvurma zorunluluğuna uyulduğunu, buna rağmen alacağın tamamen veya kısmen tahsil edilemediğini göstererek alacaklıya haciz veya İflâs yoluna başvurma imkânı sağlamaktadır. Bkz.

İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip yapılabilmesi için borçlunun elinde, ipotek akıt tablosu dışında, bir belgenin yahut ilâmın bulunması gerekmez. Ancak bu şekilde bir takip yapabilmek için alacağın muaccel olması gerekir. Bu anlamda alacağın muaccel olup olmadığını, icra müdürü re'sen incelemek zorundadır.^[48] İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipte, genel haciz yolunda olduğu gibi, takip talebinden sonra^[49] borçluya ve taşınmaz üçüncü kişiye aitse taşınmaz malikine ödeme emri gönderilir.^[50] Borçlu, otuz gün içerisinde borcu ödeyebilir yahut yedi gün içerisinde ödeme emrine itiraz edebilir. (İİK m. 149/b-İİK m.150). Borçlu, asıl alacağın geçersiz olduğunu veya kısmen yahut tamamen ödendiğini itiraz yoluyla ileri sürebilir. Bu anlamda, borçlu alacağa yahut alacağın miktarına itiraz edebilir.^[51] Buna karşılık İcra ve İflâs Kanunu'nun 150. maddesine göre, "rehin hakkı itiraz konusu yapılamaz".

Ödeme emrine itiraz edildiği takdirde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 62. maddesinden 72. maddesine kadar olan hükümler bu takip yolunda da uygulanacağından, usulüne uygun yapılan itiraz, takibi kendiliğinden durdurur. (İİK m. 150/a, İİK. m.66). Bu durumda, alacaklı, itirazın bertaraf

Melih Işık, *İcra Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi ve Bu Nitelikteki Haciz Tutanakları* (İİK m. 143,105), (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 68-69.

[48] Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 463.

[49] İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte (ilâmlı veya ilâmsız), icra müdürü takip talebinden sonra satış işlemlerine başlar. Bu bağlamda, taşınmazın kayıt örneklerini tapu dairesinden, imar durumunu ise belediyeden ister ve taşınmazın kıymet takdirini yaptırır. Bu işlemlerin gerçekleştirilmesi için ödeme (veya icra) emrinin tebliğ edilmesi ve dolayısıyla takibin kesinleşmesi gerekmez. (İİK m. 150/d). Ayrıca alacaklının talep etmesi halinde, icra müdürü kiracıları takipten haberdar ederek, kiralarn icra dairesine ödenmesi emreder (İİK m. 150/b).

[50] İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, asıl alacağın borçlusunu ile taşınmaz maliki üçüncü kişi arasında mecburi takip arkadaşlığı vardır. Bu sebeple, takip talebinde gerek borçlu gerekse taşınmaz maliki (başkasının borcu için kendi taşınmazını teminat gösteren üçüncü kişi) gösterilmeli ve her ikisine de ödeme emri gönderilmelidir. Bkz. Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 317; Orhan Eroğlu, "İpoteğin Paraya Çevrilmesine İlişkin Takipte İcra Müdürünün Yapması Gereken İşlemler ve Alması Gereken Tedbirler," *YÜHFD* 18, no. 2 (2021): 912; Kuru ve Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 341; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 462.

[51] Meriç ve İyilikli, "Taşınmaz Teminatı," 51.

edilmesi için itirazın iptali için dava açabilir yahut itirazın kaldırılması yoluna başvurabilir^[52]. İpoteğin kaldırılması için dava açıldığı takdirde ise menfi tespit davasına ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun 72. maddesi kıyasen uygulanır (İİK m.150).

Borçlu süresi içinde ödeme emrine itiraz etmez yahut eder de bu itiraz bertaraf edilirse takip kesinleşir. Bu durumda, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte haciz aşaması bulunmadığından, doğrudan taşınmazın satışı talep edilebilir.

İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takip ise, üç ihtimalden birinin gerçekleşmesi hâlinde yapılabilir. Buna göre ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı icra takibi yapabilmek için ipoteğin veya alacağın yahut her ikisinin birden ilâm veya ilâm niteliğinde bir belgeye bağlı olması yahut ipotek akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva ediyor olması veyahut İcra ve İflâs Kanunu'nun 150/1 maddesinde belirtilen şartların oluşmuş olması gerekir.^[53] Birinci ihtimalde, yani alacak veya rehin hakkı yahut her ikisi birden ilâm veya ilâm niteliğindeki bir belgeye bağlanmışsa, alacaklının talebi üzerine icra dairesi borçluya (ve varsa taşınmaz maliki üçüncü kişiye) bir icra emri gönderir. İcra emrini tebliğ alan borçlu yedi gün içinde borcu ödeyebilir yahut icranın geri bırakılmasına (İİK m. 33, m. 36, HMK m. 381) ilişkin bir karar getirebilir. İkinci ihtimalde, yani ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız bir para borcunun ikrarını içeriyor^[54] ve alacak

[52] Meriç ve İyilikli, “Taşınmaz Teminatı,” 51.

[53] Kanaatimizce, ilâma dayalı bir alacağın, ilâmsız takip konusu yapılmasında alacaklının hukuki yararının bulunmadığını, bu durumun borçlunun hukuki durumunu ağırlaştırarak taraflar arasındaki menfaat dengesini bozduğunu belirtilen 2017/2 E. 2017/3 K. sayılı ve 26.05.2017 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı dikkate alındığında, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takip yapılabildiği hallerde, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip yapılamaz. Ayrıca bkz. Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 315-316. Yazarlara göre, belirtilen içtihadı birleştirme kararı, hak arama özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte olduğundan dar yorumlanmalı, ilâm niteliğindeki belgeler bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Bu sebeple, alacaklının elinde ilâm değil de, ilâm niteliğinde bir belge varsa, alacaklı isterse ilâmsız icra yoluna başvurabilir. Bkz. Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 90.

[54] Kural olarak üst sınır ipoteğinin kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva etmemesinden dolayı, bu şekilde başlatılacak ilâmlı icra takibi ancak anapara ipotekleri için söz konusu olabilir. Ancak anapara ipoteği tesis edilen her durumda da ilâmlı icra

muaccel ise borçluya (ve varsa taşınmaz maliki üçüncü kişiye) yine icra emri gönderilir. Bu durumda, birinci ihtimalden farklı olarak, borçlu otuz gün içinde borcu ödeyebilir yahut icranın geri bırakılması için icra mahkemesine başvurabilir (İİK m. 149). Borçluya icra emri gönderilebilecek üçüncü ihtimal ise İcra ve İflâs Kanunu'nun 150/1 maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “Borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen nakdi veya gayrinakdi bir krediyi kullandıran tarafın ibraz ettiği ipotek akit tablosu kayıtsız ve şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva etmese dahi, krediyi kullandıran taraf, krediyi kullanan tarafa ait cari hesabın kesilmesine veya kısa, orta, uzun vadeli kredi hesabının muaccel kılınmasına ilişkin hesap özeti veya gayrinakdi kredinin ödenmiş olması nedeniyle tazmin talebinin veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarın noter aracılığıyla krediyi kullanan tarafa kredi sözleşmesinde yazılı ya da ipotek akit tablosunda belirtilen adrese gönderilmek suretiyle tebliğ edildiğini veya 68/b maddesi gereğince tebliğ edilmiş sayıldığını gösteren noterden tasdikli bir sureti icra müdürüne ibraz ederse icra müdürü 149 uncu madde uyarınca işlem yapar”.^[55]

takibi başlatılamaz. Belirttiğimiz gibi bu şekilde bir takip başlatılabilmesi için ipotek akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcunun ikrarını ihtiva etmesi gerekir. Bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 461.

- [55] Doktrinde tüketici kredilerini temin etmek için tesis edilen ipotekler için bu hükmün (İİK m. 150/1) uygulanamayacağı belirtilmektedir. Buna göre tüketici kredilerinden kaynaklanan alacaklar için ancak ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını içeriyorsa ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı icra takibi yapılabilir. Bunun dışındaki durumlarda (ipoteğin yahut alacağın bir ilâma bağlı olduğu durumlar hariç olmak üzere) ise borçlu aleyhine ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız icra takibi yapılabilir. Bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 468. “Şikâyete konu takip dayanağı ipotek, tüketici kredisi niteliğinde olan konut kredisi alacağının teminatı olarak düzenlenmiş olup, alacağın tüketici kredisi niteliğindeki konut kredisi olması ve ipotek alacağının varlığı, miktarı ve muaccel olup olmadığı Tüketici Kanunu'na tabi olmakla kayıtsız şartsız para borcu ikrarının içermediğinden, bu tür bir ipoteğe dayalı olarak ilâmlı takip yapılamaz. Ancak ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilâmsız takip yapılabilir. Borçluya İİK'nın 149/b maddesi uyarınca ödeme emri gönderilebilir.” Y. 12. HD. E. 2016/27906, K. 2017/2556, 20.02.2017, Karar için bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 468-469.

III. İPOTEK SÜRESİ

A) GENEL OLARAK

İpotek sözleşmesi ile süresiz yahut süreli bir ipotek kurulabilir. Uygulamada süresiz ipotek kurulması için “süresiz” yahut “fekki bildirilinceye kadar” veyahut bu kelimelerin kısaltılmış şekli olarak “F.B.K” ifadeleri kullanılmaktadır.^[56] Süreli ipoteğin söz konusu olduğu durumlarda ise ipotek süresi, 20.09.2025 gibi belirli bir tarih yahut 3 yıl 4 ay 5 gün gibi bir zaman uzunluğu ile belirlenmektedir.^[57]

7181 sayılı Kanun’un 19. maddesi^[58] ile Türk Medeni Kanunu’nun 883. maddesine eklenen 2. fıkra uyarınca “İpotek süreli olarak kurulmuşsa, sürenin bitiminden itibaren otuz gün içinde ipotekli taşınmaz üzerinde 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun 150/c maddesinde belirtilen şerhin konulmaması hâlinde ipotek, malikin talebiyle tapu müdürlüğüne terkin edilir”.^[59]

[56] Tolga Akkaya, “İcra Hukuku Bağlamında Süreli İpotek,” *TAAD* 4, no. 12 (Ocak, 2013): 164. “Takip dayanağı; 14.09.2018 tarih..... Yevmiye nolu ipotek akit tablosu incelendiğinde ‘..... İli, ... İlçesi, Cumhuriyet Mahallesi, 267 Ada, 7 Parsel 4 nolu bağımsız bölüm üzerine davalı lehine 1.000.000,00 TL’ye karşılık 1. derece faizsiz olarak fekki alacaklı tarafından bildirilinceye kadar müddetle..’, ipotek tesis edilmiş olduğu ve ipoteğin kesin borç ipoteği (karz ipoteği) olduğu anlaşılmıştır. *İpotek akit tablosundaki ‘faizsiz olarak ve fekki bildirilinceye kadar süre ile’ açıklaması ise muacceliyet koşulu olmayıp, ipoteğin süresiz olarak yapıldığını göstermektedir.*” Y. 12. HD. E. 2019/12901 K. 2020/6072, 01.07.2020, legalbank.net, Erişim tarihi: 05.10.2021

[57] Tapu Sicil Tüzüğü’nün 31. maddesi uyarınca, bir rehin hakkı tescil edilirken alacaklının kimlik bilgileri, rehin miktarı, tescil tarihi ve yevmiye numarası dışında varsa faiz oranı, rehin derecesi ve *rehin süresi* de tapu siciline yazılır.

[58] 7181 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi’nde 19. madde ile ilgili şu ifadelere yer verilmiştir: “4721 sayılı Türk Medeni Kanununda yapılan değişiklik ile; Devletin sorumluluğu altındaki tapu sicillerinin düzenli bir biçimde tutulmasını sağlamak amacıyla tapu siciline süreli olarak tescil edilmiş olan ipoteklerin, süresinin sona ermesi ve madde metninde belirtilen şartların oluşması halinde malikin talebiyle terkinin sağlanabilmesine yönelik düzenleme yapılması öngörülmektedir.”

[59] Öte yandan böyle bir durumda tapu memuru da, re’sen mahkemeye başvurarak ipotek hakkının sona erdiğinin tespit edilmesini isteyebilir ve bu karara dayanarak

Madde metninden de anlaşılacağı üzere Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesinin 2. fıkrasına göre ipoteğin tapudan terkin edilebilmesi için üç unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Buna göre öncelikle, taraflarca ipotek sözleşmesinde kararlaştırılan ipotek süresi ile Kanun'da düzenlenen otuz günlük sürenin geçmesi, bu süreler içinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 150/c^[60] maddesinde düzenlenen şerhin tapu siciline işlenmemiş olması ve son olarak da taşınmaz malikinin terkin talebinin bulunması şarttır. İpotek taşınmaz malikinin talebiyle tapu sicilinden bu şekilde terkin edilirse, durum alacaklıya tebliğ olunmalıdır. Alacaklı, terkin işleminin hukuka aykırı olduğuna kanaat getirirse, tebliğ tarihinden itibaren işleyecek otuz gün içinde dava açmalıdır (TMK m. 1026/2).^[61]

Belirtmek gerekir ki düzenleme uyarınca ipotek süresi içinde yahut ipotek süresinin bittiği tarihten itibaren otuz gün içinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 150/c maddesinde belirtilen şerhin konulmaması halinde ipotek, malikin talebiyle tapudan terkin edilebildiğinden dolayı, belirtilen süreden sonra taşınmaz malikinin alacaklıyı davalı göstererek ipoteğin kaldırılması (fekki) davası açmasında kanaatimizce hukuki yarar yoktur. Buna karşılık, ipotek süresi ile otuz günlük süre geçmesine ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 150/c maddesinde belirtilen şerhin konulmamasına rağmen, terkin talebi tapu müdürlüğü tarafından kabul edilmezse, taşınmaz maliki bu işleme karşı mahkemeye müracaat edebilir.

B) İPOTEK SÜRESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

7181 sayılı Kanun ile Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesine eklenen düzenlemeden önce ipotek süresini doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu düzenlemeden önce Türk Medeni Kanunu 858. maddesi ile kamulaştırma hâlini dışarıda bırakarak taşınmaz rehninin, terkin yahut taşınmazın yok olması ile son bulacağını belirtmiş, 883. madde ile de alacak sona erince, taşınmaz malikinin ipoteğin terkinini isteyebileceğini

terkin işlemini gerçekleştirebilir (TMK m. 1026/3).

[60] İİK m. 150/c: "İcra memuru, ipoteğin paraya çevrilmesi hakkındaki takibin başladığını tapu idaresine haber vermeye mecburdur. Tapu memuru, keyfiyeti taşınmazın siciline şerh verir. Taşınmazı bu şerh tarihinden sonra iktisap edenlere icra veya ödeme emri tebliğ olunmaz."

[61] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 650.

düzenleyerek, ipotek süresi hakkında bir hüküm öngörmemiştir. Bu durum ise ipotek süresinin işlevine, niteliğine ve sonuçlarına ilişkin doktrinde ve yargı kararlarında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu anlamda, birtakım Yargıtay kararlarında, ipotek süresinin dolması, ipotek hakkını sona erdiren bir neden olarak kabul edilmemiş, bu bağlamda sadece sürenin dolduğundan bahisle re'sen^[62] yahut açılacak dava ile ipoteğin kaldırılması mümkün görülmemiştir.^[63] Buna karşılık diğer bazı Yargıtay

[62] “Rehinli alacaklının geçerli yazılı talebi üzerine yapılan terkin kurucu bir fonksiyon yerine getirir. Taşınmaz rehni gerek şekli, gerek maddi açıdan terkinle sona erer. (Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman–Prof. Dr. Öner Seliçi–Prof. Dr. Saibe Oktay–Özdemir Eşya Hukuku, sf: 655. M.K. rehinli taşınmazın tamamen yok olması halinde rehlin sicil dışı sona erdiğini kabul etmesi (MK’nun madde 858/f-1 ve MK. 858/2. Fıkrası) kamulaştırma K’daki nedenler haricinde, ipoteğin, feragat, teminat altına alınan alacağın sona ermesi durumunda taşınmaz rehni doğrudan doğruya sona ermez. Tescil maddi değerini kaybetmiş olsa dahi maddi durum sicil dışı değiştiğinden, tapu kütüğü gerçek duruma uymasa da, taşınmaz rehni sicildeki kayıt sürdüğü sürece “şekli bakımından” tapu kütüğündeki hukuki varlığını sürdüreceğinden terkin bu gibi halde de düzeltici bir görev olarak zorunludur. Her taşınmaz açısından ipotek yukarıda açıklanan özel durumlar dışında terkinle sona erer. *Somut olayda gözleendiği gibi ipoteğin belirli bir süre için kurulmuş olması; bu sürenin sonunda ipoteğin re’sen fekkini gerektirmeyeceğinden ve tapu kaydında müşteki ipotek alacaklısının ipoteği de halen tescilli olduğundan İİK’ nun 134. maddesinde açıklanan ihalenin feshini isteyebilecek ilgililerden olduğu nazara alınarak icra mahkemesince şikayetinin esasının incelenmesi gerekirken yazılı şekilde ipotekte belirlenen sürenin dolması nedeniyle ipoteğin ortadan kalktığından bahisle istemin incelemesiz reddi isabetsizdir” Y. 12. HD. E. 2005/4803, K. 2005/8569, 21.04.2005, legalbank.net, Erişim tarihi: 05.10.2021.*

[63] “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 883. maddesine göre alacak sona erince, ipotekli taşınmaz maliki alacaklıdan ipoteğin terkin edilmesini isteyebilir. Hatta, borçlu (malik), İİK’nun 153.maddesine göre kendi hakkında takip yaparak rehin konusu borcu itfa etmek suretiyle rehlin tapuya yazılacak bir fek müzekkeresiyle terkinini sağlama imkan ve yetkisine sahiptir. Diğer taraftan, taşınmaz rehlinin terkinini gerektiren bir neden de borçlunun (malikin) ipotek konusu borcu ödemek suretiyle ipoteği terkin ettirmesidir. Taşınmaz malikinin ödeme iddiası varsa bu iddianın da yazılı delille kanıtlanması zorunludur. *İpoteğin terkin sebebi ne olursa olsun yasalarda ipoteğin on yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra veya ipotek süresinin bitmiş olması sebebiyle kaldırılacağına dair özel bir hüküm yoktur.* İpoteğin terkin sebepleri yukarıda sayılan nedenler olduğundan, mahkemece somut uyumsuzlukta; davacı ipoteğin kaldırılmasını istemiş ancak ipotek bedelinin ödendiğine dair herhangi belge ibraz etmemiştir. TMK’nın 883 vd. maddelerinde belirtilen nedenlerden birinin

kararlarında ise ipotek süresi sona erdiğinde ipoteğin teminat özelliğinin de ortadan kalkacağı ve bu durumda ipoteğin kaldırılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.^[64] Diğer bazı Yargıtay kararlarında ise; ipotek süresi, borçlu yararına öngörülen bir vade olarak nitelendirilmiştir.^[65] Buna göre

gerçekleşip gerçekleşmediği yönü üzerinde durularak tarafların delilleri toplandıktan sonra borcun ödendiği ispat edilemezse ipotek bedeli depo ettirilerek sonucuna göre çekişmenin esası hakkında bir hüküm kurulması gerekirken, 03.06.1999 tarih, 2140 yevmiye numaralı ipotek resmi senetinde belirtilen 3 yıllık ipotek süresinin dolduğu, şeklen süre bitim sebebiyle ipoteğin yolsuz hale geldiği nedenleriyle davanın kabulü doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” Y. 14. HD. E. 2015/14103, K. 2018/3557, 8.05.2018, hukukturk.com, Erişim tarihi: 20.09.2021.

- [64] “Mevcut davadaki davacılar ise yükleniciden, bağımsız bölüm satın alan ve bu suretle yüklenicinin sözleşmeden doğan haklarına halef olan kişilerdir. Davacılar kendi bağımsız bölümleri üzerindeki davalılar lehine tesis edilen ipoteklerin kaldırılmasını istemiş olduklarından, yüklenicinin halefi olmaları sıfatıyla, yukarıda izah edilen hususları da yerine getirmek zorundadırlar. Oysa dosya kapsamından henüz yapı kullanma izin belgesinin alınmadığı, kat mülkiyetinin kurulmadığı ve binalarda birçok eksik ve kusurlu işlerin bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu duruma göre, esasen davanın reddi gerekmektedir. *Ne var ki; davalılar lehine kurulan ipotek akit tablosu incelendiğinde, ipoteğin 30 ay müddetle kurulduğu ve dava tarihine kadar anılan sürenin sona ererek, ipoteğin teminat vasfının sona erdiği görülmüştür. Belirtilen bu gerekçeyle ipoteğin kaldırılması gerekirken, mahkemece sadece eksik ve kusurlu işler bedelinin davacı yana depo ettirilerek, bu suretle ipoteğin kaldırılmasına karar verilmesi doğru olmamıştır. Ancak, sonucu itibarıyla doğru olan kararın yukarıda, izah edilen değişik gerekçeyle ve HUMK'nın 438/son maddesi uyarınca onanması uygun bulunmuştur.*” Y. 23. HD. E. 2012/3936, K. 2013/197, 18.01.2013, hukukturk.com, Erişim tarihi: 20.09.2021. “Dava dışı borçlu tarafından davalı lehine tesis edilen ipoteğin resmi senedinde, ipoteğin E... Kargo Tic. Ltd. Şti. ve C... Uluslararası Taşımacılık Tic. AŞ.'nin borçlarının teminatını teşkil etmek üzere alınan paranın teminatını teşkil ettiği ve bunun da bir yıl süreli olduğu açıkça gösterilmiştir. *Sürelî ipotek, sürenin sona ermesi ile teminat fonksiyonunu yitirir* (Köprülü, B./ Kaneti, S.: Sınırlı Aynı Haklar, 2.b., İstanbul 1982-1983, s. 347) *ve tapudan terkin edilmemesi nedeniyle görünümde mevcut olsa bile, kendisine hukuken bir değer atfedilemez. Somut olayda davalı yan adı geçen şirketlerden alacağı bulunmadığını açıkça beyan ettiğine ve istem tarihi itibarıyla ipotek süresi geçtiğine göre, ipoteğin şeklen ve içerik olarak teminat fonksiyonu ifa edemeyeceği anlaşılmaktadır.*” Y. 23. HD. E. 2013/3451, K. 2013/4657, 4.07.2013, hukukturk.com, Erişim tarihi: 20.09.2021

- [65] “...ipoteğin süreye bağlanmasının ipotek borçlusu yararına bir vade anlamı taşıdığı, sürenin geçmesiyle ipoteğin kendiliğinden kaldırılması sebebinin doğmayacağı

ipotek akit tablosunda belirtilen süre (vade) dolmadan alacaklının takibe başlaması mümkün değildir.^[66]

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe^[67] göre ise ipotek sadece teminat işlevine sahip ve temin ettiği alacağa bağlı fer'i nitelikte sınırlı bir aynı hak olduğundan, ipotek hakkının terkin edilmesi için sadece sürenin geçmesi yeterli değildir. Bu anlamda ipoteğin fiilen yahut hukuken sona ermesi için temin ettiği alacağın da sona ermiş olması veya ipotek süresi içinde herhangi bir alacağın doğmamış olması gerekir. Sadece sürenin geçmesi ile ipoteğin sona erdiği kabul edilirse, bu süre içinde doğmuş alacaklar bakımından ipotek teminat işlevini yerine getiremeyecektir^[68]. Yazar, yaptığı bu açıklamalar ışığında; ipotek süresi dolmadan önce doğan alacaklar ile ipotek süresi dolduktan sonra doğan alacaklar arasında ayırım yapmaktadır. Bu anlamda sürenin dolmasından önce doğan alacaklar bakımından sadece ipotek süresinin geçmesi, ipoteği kendiliğinden sona erdirmez. Bu tür alacaklar (muaccel ve geçerli olmaları koşuluyla) için ipotek süresinin dolmasından önce veya

anlaşıldığına göre; davacının temyiz itirazı yerinde değildir.” Y. 1. HD. 9012/11096 21.10.2013 T. (Legalbank) naklen Akkaya, “Sürelî İpotek”, 165, dpn. 12.

[66] “İcra takibinin dayanağı 15.05.2009 tarih ve ... yevmiye nolu ipotek akit tablosunda; “iş bu taşınmazın tamamı ... adına kayıtlı iken; bu defa adı geçen ...’den aldığı 60.000,00 TL bedel mukabilinde borca karşılık için ... lehine 1. Derecede, bila faiz ve 10 yıl süre ile ipotek tesis ettiği” sözcüklerinin yazılı olduğu görülmüştür. Bu hali ile takip dayanağı ipotek kesin borç (karz) ipoteği olup, akit tarihi 15.05.2009 tarihinden başlamak üzere 10 yıllık sürenin sonunda alacağın tahsili için takibe konulabilir. 10 yıllık süre dolmadan ve borçlunun temerrüdü bu şekilde gerçekleşmeden, alacaklı, ipotek alacağını takibe koyamaz. İpotek, vadeli tesis edildiğine göre vade gelmeden takibe girişilmesi akde aykırılıktır. O halde, ipotek vadesi dolmadan 23.07.2010 tarihinde takip başlatılamayacağından alacaklının itirazın kaldırılması davasının borçlu ... yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir”. Y. 12. HD. E. 2018/9986, K. 2018/12402, 28.11.2018, kazancihukuk.com, Erişim tarihi: 20.09.2021.

[67] Akkaya, “Sürelî İpotek,” 166-167, 182.

[68] Yazar bu görüşünün uzantısı olarak, ipotek süresinin sona ermesi halinde, taşınmaz malikinin talebi ile ipoteğin terkin edilemeyeceğini, terkin için alacaklıdan talepte bulunulması gerektiğini, bunun kabul edilmemesi halinde ise TMK'nın 1025. maddesi uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Akkaya, “Sürelî İpotek,” 168.

sonra rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir.^[69] Buna karşılık ipotek süresinin dolmasından sonra doğan alacaklar bakımından ise ipotek süresinin geçmesi ile ipotek hakkı maddi hukuk açısından sona ermektedir.^[70]

Doktrinde 7181 sayılı Kanun'dan önce ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise; intifa hakkının sona ermesini düzenleyen ve taşınmaz malikine terkin isteme yetkisi veren Türk Medeni Kanunu'nun 796/2. maddesi ipotek süresi için de kıyasen uygulanabilir.^[71] Bu bağlamda ipotek süreye bağlı olarak tesis edilmişse, sürenin geçmesi ile birlikte ipotek hakkı da kendiliğinden sona ermektedir.^[72] Nitekim ipotek süresine ilişkin 7181 sayılı Kanun ile Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesine eklenen 2. fıkra da bu görüşün bir yansımasıdır. Bu anlamda yapılan değişikliklerle birlikte ipotek süresinin geçmesi ile ipoteğin de sona ereceği kabul edilerek taşınmaz malikine birtakım şartlarla ipoteği doğrudan terkin ettirme hakkı sağlanmıştır.

Kanaatimizce, ipotek süresinin dolması ile ipoteğin sona erdiği de kabul edildiği için ipotek süresinin, taşınmazın teminat fonksiyonunun zaman sınırını, bu anlamda taşınmazın asıl alacağa sağladığı güvencenin süresini gösterdiği söylenebilir. Bir başka ifadeyle, taşınmazın hangi zamana kadar alacağı temin ettiği ipotek süresi ile belirlenmektedir. Bu kapsamda süresiz ipoteklerde, alacak var olduğu müddetçe,^[73] taşınmazın teminat fonksiyonu da devam eder. Buna karşılık, süreli ipoteklerde, teminat fonksiyonu taraflarca belirlenen bir zaman ile kısıtlanmaktadır.

[69] Akkaya, "Süreli İpotek," 182.

[70] Akkaya, "Süreli İpotek," 167.

[71] İlhan Helvacı, *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanuna göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2008), 409; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 569.

[72] Helvacı, *İpotek Hakkı*, 409; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 569. İpotek süresinin dolması ile ipoteğin de kendiliğinden sonra ereceği yönünde ayrıca bkz. Ertaş, *Eşya Hukuku*, 517; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 347. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. III.C. Ancak *Esener/Güven'e* göre asıl alacak vadeye bağlanmış ve bu vade ipotek süresini geçiyorsa, ipotek süresi dolmasına rağmen ipotek devam eder. Bkz. Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 569.

[73] Taşınmazın kamulaştırılması yahut taşınmazın tamamen yok olması için bkz. TMK m. 858/I-II.

İpotek süresinin dolması ile ipotek veren kişi, sahip olduğu taşınmaz ile asıl alacağı temin yükümlülüğünden, diğer bir ifadeyle ipotek borcundan kurtulmuş olur. Bu durum süreli kefalette, kefilin durumuna benzemektedir. Nasıl ki; Türk Borçlar Kanunu'nun 600. maddesine göre süreli kefalette, sürenin sonunda kefil borcundan kurtuluyorsa, süreli ipotekte de sürenin dolması ile ipotek borçlusu, ipotek borcundan kurtulmaktadır. Bu sebeple, kefalet sözleşmesindeki süre gibi ipotek süresini de sözleşmeye dayanan bir hak düşürücü süre olarak nitelendirmek mümkün olabilir.^[74] Bilindiği üzere; genel bir prensip olarak aynı haklarda zamanaşımı yahut hak düşürücü süre söz konusu değildir. Bu anlamda, bu haklar kullanılmadıkları için sona ermez.^[75] Ancak birçok kural gibi bu kuralın da istisnaları söz konusudur. Örneğin; Kadastro Kanunu'nun 12/3. maddesinde ve Orman Kanunu'nun 11/1 maddesinde aynı hakka dayanan talep hakkı, hak düşürücü süreye tabi kılınmıştır.^[76] Kanaatimizce, bu örneklerde olduğu gibi, taraflarca öngörülmuş ipotek süresi de Kanun'un özel düzenlemesi (TMK m. 883/2)

[74] Belirli süreli kefalet sözleşmesindeki sürenin, sözleşmeye dayanan bir hak düşürücü süre olduğu yönünde bkz. Burak Özen, "Kefalet Sözleşmesi," *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt 6,7,8 (Madde 393-649)*. ed. M. Turgut Öz vd., (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 4320; Gizem Özkan Şahin, "Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no. 2 (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019): 1311; Şaziye Emel Arpacı Yaşar, "Kefalet Sözleşmesinin Sona Erme Halleri," (Yüksek Lisans tezi, Altınbaş Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020), 38-39.

[75] Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 5; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 38-39.

[76] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 38-39; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 5, dn. 8. "Hak düşürücü süre, doğrudan doğruya hakim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulması gereken, davada "itiraz" olarak başvurulması zorunlu olan ve zamanaşımı gibi "kesme" ve "durma" hükümlerine bağlı olmayan, uyulmama halinde "hakkın" kaybına yol açan yani hakkın özünü ortadan kaldıran süredir. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/3.fıkrasında öngörülen on yıllık sürenin de hak düşürücü süre olduğu kuşkusuzdur. Çünkü bu madde de öngörülen süre ile tapu sicilinde kararlılık kazanması, sicillerin bozulmaması, belli bir süre geçtikten sonra yargı organlarınc bu sicillerin tartışma konusu yapılmaması amaçlanmıştır. ...2762 sayılı VK.nundan çok sonra yürürlüğe giren 3402 sayılı *Kadastro Kanununun 12/3.fıkrasında öngörülen on yıllık hak düşürücü süre, en geniş ve en kapsamlı "aynı hak olan mülkiyet hakkının bile ortadan kaldırılması sonucunu doğururken, mülkiyet hakkına oranla daha çok dar kapsamlı, çok daha az yetkileri içeren bir sınırlı (fer'i) aynı hak olan taşınmaz yükünün hak düşürücü süre dışında kaldığının kabulüne olanak bulunmamaktadır."*

uyarınca hak düşürücü süre olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede, ipotek hakkı süresi içinde kullanılmadığı takdirde kendiliğinden sona ermektedir.

Bu açıdan alacaklı, ipotek süresi içinde ipoteğin sağladığı yetkileri kullanarak, ipotek borçlusuna karşı İcra ve İflâs Kanunu'nda belirtilen özel takip yollarına başvurmak suretiyle taşınmazın satımını sağlayabilir ve alacağını tahsil edebilir. Aksi takdirde, bu sürenin dolması ile ipotek alacaklısı, ipotek hakkının sağladığı yetki ve imtiyazlardan yararlanarak ipotek borçlusuna başvurma ve alacağını öncelikli alma imkânını kaybeder. Ancak belirtmek gerekir ki sürenin geçmesi ipoteği sona erdirse de asıl alacağı sona erdirmez. Zira ipotek ile asıl alacak arasındaki ilişki tek taraflıdır. İpoteğin varlığı asıl alacağa bağlı olmakla beraber asıl alacağın varlığı ipoteğe bağlı değildir.^[77] Bu itibarla süre nedeniyle ipoteğin sona ermesi ile birlikte alacak kendiliğinden sona ermez ancak rehinle temin edilmeyen adi bir alacağa dönüşür. Bu açıdan alacaklı, genel hükümlere göre asıl borçludan alacağın ödenmesini isteyebileceksen, ipotekli taşınmazın maliki üçüncü kişi ise (ve asıl alacağa özel olarak kefil olmamışsa) bu kişiye karşı başvuru hakkını kaybeder. Nitekim bu durum, tapu siciline güven ilkesine de aykırı değildir. Zira tescil sırasında ipotek süresi de tapu sicilinde belirtileceğinden^[78] ilgililer, örneğin alacağı temlik almak isteyenler, ipotek süresinin dolup dolmadığını, bu anlamda taşınmazın teminat fonksiyonunun devam edip etmediğini anlayabileceklerdir.

Bu açıklamalar ışığında, yukarıda belirtilen Yargıtay kararlarında ima edildiği gibi, ipotek süresi ile (asıl alacağın) vade kavramlarının aynı olmadığı söylenebilir. Temel borç ilişkisindeki alacağın vadesi, (asıl) alacağın ödeneceği zamanı gösterirken, ipotek süresi taşınmazın bu alacağı temin fonksiyonunun sınırını belirlemektedir. Bu sebeple, asıl alacağın vadesi dolduktan sonra ipoteğin teminat fonksiyonu devam edebilir ve esasen ipoteğin teminat işlevi de bu dönemde ortaya çıkar. Bu yönüyle, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilmek için vadenin dolmuş ancak ipotek süresinin geçmemiş olması gerekir. Bu bağlamda asıl alacak vadeye bağlanmışsa, ipotek süresinin vade tarihini aşmasına dikkat edilmelidir. Aksi takdirde asıl alacak, vadesi

Zira çoğun içinde az da vardır." Y. İBGK E. 2003/1, K. 2004/1, 02.04.2004, kazancihukuk.com, Erişim tarihi: 15.03.2022.

[77] Meriç ve İyilikli, "Taşınmaz Teminatı," 57.

[78] Bkz. Tapu Sicil Tüzüğü m. 31/1/c.

gelmediği için talep edilememesine rağmen, ipotek süresi dolduğundan taşınmaz malikin talebiyle ipotek terkin edilerek ipotekli alacak sıradan bir alacağa dönüştürülebilir. Aynı şekilde, üst sınır ipoteklerinde görüldüğü üzere, doğup doğmayacağı yahut vadesi belirli olmayan alacaklar için ipotek tesis edilecekse, ipotek süresinin dolması ile teminat fonksiyonu da kaybolacağından bu tür alacakların temin edilmesi için süresiz ipotek tesis edilmesi daha uygun olacaktır.

Öte yandan ipotek süresi, taşınmazın temin ettiği alacağın kapsamını zaman bakımından belirlemez.^[79] Tarafların sözleşme ile öngördükleri sürelerin ne için düzenlendiği, şüphesiz tarafların iradelerine ve sözleşmenin yorumlanmasına göre belirlenir. Ancak normal şartlarda ipotek süresi, hangi zaman aralığında doğmuş olan alacakların teminat kapsamında olduğunu değil, taşınmazın alacağa yönelik teminat fonksiyonunun zaman sınırını belirlemektedir. Bu kapsamda, alacak ne zaman doğmuş olursa olsun, ipoteğin teminat fonksiyonu ipotek süresinin dolması ile son bulur. Bir başka ifadeyle, ipotek süresi içinde doğmuş alacaklar da, ipotek süresinin sona ermesi ile taşınmazın sağladığı güvenceden faydalanamaz. Bu noktada ipoteğin, anapara ipoteği yahut üst sınır ipoteği olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. İpotek süresi, temel hukuki ilişki ve alacağın niteliğinden bağımsız olarak, taşınmazın alacağa sağladığı teminatın süresini göstermektedir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesinin 2. fıkrası, ipoteğin türü ve alacağın niteliğini dikkate almaksızın, ipotek süresinin ve otuz günlük sürenin dolması ile taşınmaz malikine ipoteği terkin etme yetkisi vermek suretiyle böyle bir ayırım yapılmasını olanak vermemektedir.

Bunun gibi ipotek süresi, asıl alacağın zamanaşımı süresi de değildir. Zamanaşımı kavramından farklı olarak ipotek süresi, belirli bir zamanın geçmesi ile alacaklının temel borç ilişkisinden doğan (asıl) alacağını talep edebilme yetkisini sona erdirmez. Bu çerçevede, ipotek süresinin dolması, taşınmaz ile temin edilen asıl alacağı eksik borç haline getirmez. Ancak, ipotek süresinin dolmasıyla birlikte alacak, rehinle temin edilmemiş bir alacağa dönüşür. Kural olarak alacaklı, bu alacağın ödenmesini genel hükümlere göre (ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip dışında) isteyebilir ve borçlu zamanaşımı süresi dolmadığı takdirde borcunu ödemekle yükümlüdür. Nitekim ipotekle temin edilmiş olsa da bir alacağın zamanaşımı süresi, alacağın doğum sebebine bağlı olarak genel hükümlere göre belirlenir. Ancak

[79] Aksi görüş için bkz. Akkaya, "Sürelî İpotek," 166 vd.

bir alacak için ipotek tesis edilmesi zamanaşımını keser (TBK m. 154/1). Türk Medeni Kanunu'nun özel hükmü uyarınca da zamanaşımını kesen diğer nedenlerden farklı olarak yeni bir süre de işlemeye başlamaz (TBK m. 156/1, TBK m. 864).^[80] Zamanaşımının işlemeye başlayabilmesi için kural olarak ipoteğin hem maddi hem de şekli olarak^[81] sona ermiş olması gerekir. Bu açıdan bizim de katıldığımız doktrindeki bir görüşe göre; süreli ipoteğin söz konusu olduğu durumlarda, ipotek süresinin dolması ile zamanaşımı süresi de işlemeye başlar.^[82]

C) SÜRESİ DOLMUŞ ANCAK TAPU SİCİLİNDEN TERKİN EDİLMEMİŞ İPOTEĞİN DURUMU

İpotek, kural olarak tapu sicilindeki tescilin terkin edilmesiyle sona ermektedir (TMK m. 858).^[83] Ancak ipoteğin tapu sicili dışında sona ermesi de mümkündür. Bir başka ifadeyle ipotek, tapudan terkin işlemi yapılmadan dahi çeşitli sebeplerle sona erebilir. Bu gibi hallerde tapu sicilindeki kayıt ile gerçek durum birbirinden farklıdır.^[84] Bu tür durumların bazılarında ise, esasen sona ermiş ancak tapuda kayıtlı olmaya devam eden ipoteğin şeklen bir değere sahip olduğu belirtilmektedir.^[85] Böyle durumlarda, tapudaki tescil ipoteğin varlığına karine teşkil ettiği için ipoteğin şeklen de sona erebilmesi için ipoteğin tapudan terkin edilmesi gerekir.^[86] Nitekim ipoteğin asıl alacağa bağlı bir hak olmasının sonucu olarak, asıl alacağın geçersiz yahut sona ermiş olması nedeniyle ipoteğin de sona erdiği durumlarda, tapuda var olan tescilin

[80] Doktrindeki bir görüşe göre; zamanaşımı asıl alacak bakımından işlemez ancak "alacağa ek güvence sağlayan kefalet hakkında zamanaşımı yürür". Bkz. Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 349. Aynı yönde: Sirmen, *Eşya Hukuku*, 651.

[81] Bu ayırım için bkz. III,C. başlığı.

[82] Ertaş, *Eşya Hukuku*, 513-514.

[83] Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 767; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1048.

[84] Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 151, 348-349.

[85] Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 767; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 349.

[86] Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 767.

şeklen bir değere sahip olduğu ifade edilmektedir.^[87] Tapudaki tescilin şekli olarak da bir değere sahip olduğu bu tür durumlarda ise ipoteğin terkin edilmesini alacaklı talep edebilir. Taşınmaz maliki ise ancak alacaklıdan ipoteğin terkin ettirilmesini isteyebilir. Bu isteğin karşılanmaması hâlinde ise tapu sicilinin (kaydının) düzeltilmesi davası, bir başka ifadeyle ipoteğin fekki (kaldırılması) davası açması gerekir.^[88] Buna karşılık ipoteğin tapu sicili dışında (terkin dışında) sona erdiği diğer bazı durumlarda ipoteğin şeklen de bir değerinin bulunmadığı belirtilmektedir.^[89] Böyle durumlara

[87] Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 349; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 648; Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, 256; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 568; Akçaal, “İpoteğin Kaldırılması Davası,” 566. Esasen doktrinde ipoteğin bağımsız olmayan, asıl alacağa bağlı fer’i bir hak olmasından yola çıkılarak, asıl alacağın geçersiz olduğu yahut sona erdiği (ödeme yahut geçersiz bir sözleşmeye dayanma gibi nedenlerle) durumlarda, tapuda sadece şeklen bulunan ipoteğin kullanılma imkânının bulunmadığı ileri sürülmektedir. Bu konudaki görüşler ve açıklamalar için bkz. Erol Cansel, *Tapu Siciline İtimat Prensipleri*. (Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1964), 93. Bu görüşün yansıması olarak, tapuda bulunan ipoteğin alacak bakımından bir karine oluşturmayacağı, bu anlamda iyi niyetli olarak ipoteği alan kişilerin tapu siciline güven ilkesinden yararlanamayacakları söylenebilir. Bkz. Cansel, *Tapu Siciline İtimat Prensipleri*, 93, 140.

[88] Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 151, 349; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 648; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 568; Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, 256-257. Asıl alacağa bağlı bir nedenden dolayı ipotek tapu sicili dışında kendiliğinden sona ereceğinden, taşınmaz maliki tarafından açılacak dava sonucunda verilecek karara dayanılarak yapılan terkin, kurucu değil açıklayıcı niteliktedir. Bu açıdan ipoteğin terkinini sağlamak için açılacak dava, TMK’nın 1025. maddesi kapsamında tapu sicilinin düzeltilmesi davası niteliğindedir. Bkz. Ş. Barış Özçelik, “İpoteğin Alacağa Bağlılığı,” *BATİDER* 33, no. 4 (2017): 179-181; Akçaal, “İpoteğin Kaldırılması Davası,” 567, 576.

[89] Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 348-349.

örnek olarak ise taşınmazın tamamen yok olması,^[90] kamulaştırma^[91] ve ipotek süresinin dolması gösterilmektedir.^[92] Tescilin şeklen de bir değerinin bulunmadığı bu tür hallerde, taşınmaz maliki, alacaklıdan ipoteğin terkin edilmesini talep etmeksizin yahut bunun karşılanmaması halinde dava açmaksızın, tapu müdürlüğüne başvurarak ipoteğin terkinini doğrudan sağlayabilir (TMK m. 1026/1).^[93]

Belirtildiği üzere ipotek sözleşmesinde taraflarca belirlenen ipotek süresinin dolması ile ipotek hakkının maddi (maddesel) değeri de kendiliğinden sona ermektedir.^[94] Ancak alacağın geçersiz yahut sona ermiş olmasından farklı olarak, ipoteğin süre nedeniyle sona erdiği durumlarda, tapuda bulunan tescilin şekli bir değeri de kalmaz.^[95] Bu açıdan yukarıdaki açıklamalara

[90] Taşınmazın tamamen yok olması durumunda ipotek hakkının sona ereceği, bu anlamda tescilin hem maddi hem de şekli değerini kaybedeceği yönünde ayrıca bkz. Sirmen, *Eşya Hukuku*, 649; Akçaal, “İpoteğin Kaldırılması Davası”, 565. Ancak taşınmazın yok olması durumunda, rehin hakkının varsa sigorta tazminatı üzerinde devam edeceği belirtilmektedir. Bir başka ifadeyle, sigorta tazminatının taşınmazın yerine geçeceği ifade edilmektedir. Bkz. Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 350; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 744; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 273; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1050.

[91] Taşınmazın kamulaştırılması halinde, mülkiyet ile birlikte varsa taşınmaz üzerindeki ipotek hakları da sona erer. Bkz. Sirmen, *Eşya Hukuku*, 649. Ancak doktrinde, taşınmazın kamulaştırılması halinde, rehin hakkının kendiliğinden kamulaştırma bedeli üzerinde devam edeceği ifade edilmektedir. Bkz. Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 275; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 350; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 745, 767; Akçaal, “İpoteğin Kaldırılması Davası”, 565-566. Bu sebeple, kamulaştırma bedelinin ipotekli alacaklıların rızası olmadan taşınmaz malikine ödenemeyeceği belirtilmektedir. Bkz. Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 569.

[92] Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 349; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 767.

[93] Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 349.

[94] Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 347; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 649; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1051. Bu konuda bir ayırım yapmadan, ipotek (rehin) süresinin dolması ile ipotek (rehin) hakkının da kendiliğinden ortadan kalkacağı yönünde bkz. Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, 249; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 517.

[95] Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 349; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 347; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 649. Kanaatimizce, bu durum, diğer sona erme nedenlerinden, özellikle de asıl alacağa bağlı bir nedenden dolayı ipoteğin sona ermesinden farklı

uygun olarak 7181 sayılı Kanun ile ipoteğin sona ermesini düzenleyen Türk Medeni Kanun'un 883. maddesine ek bir fıkra eklenerek, ipotek süresinin dolması hâlinde, belirli şartlar dâhilinde taşınmaz malikine, alacaklının iradesine yahut ipoteğin kaldırılması (fekki) davası açılmasına gerek olmadan, ipoteği terkin ettirme yetkisi verilmiştir. Bu şekilde, taşınmaz malikinin talebi ile gerçekleştirilecek terkin ise kurucu değil açıklayıcı niteliktedir.^[96]

IV. İPOTEK SÜRESİ GEÇMİŞ OLAN ALACAĞIN TAKİBİ

A) İPOTEĞİN TAPU SİCİLİNDEN TERKİN EDİLMESİNDEN SONRA ALACAĞIN TAKİBİ

Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, ipoteğin süreli olarak tesis edildiği durumlarda, ipotek süresinin bittiği tarihten itibaren otuz gün içinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 150/c maddesine göre bir serh konulmamışsa, taşınmaz malikinin talebiyle ipoteğin tapu sicilinden terkin edilmesi mümkündür. Böyle bir durumda, ipotek taşınmaz malikin

olarak, ipotek süresinin herkes tarafından incelenebilecek ve anlaşılabilir bir şekilde tapu sicilinde kayıtlı olmasından kaynaklanmaktadır. Tapu sicilini inceleyen herkes ipotek süresini görebilir ve herhangi bir belgeyi incelemeyen sürenin dolup dolmadığını anlayabilir. Buna karşılık, ipoteğin temin ettiği alacağın doğmuş olup olmadığı, doğmuş olduğu takdirde ödeme veya başka bir nedenle sona ermediği ancak alacaklının dinlenilmesinden sonra doğru bir şekilde tespit edilip, anlaşılabilir. Bu sebeple, alacağın sona ermesi nedeniyle ipoteğin sona erdiği durumlarda, taşınmaz maliki, alacaklıdan ipoteğin kaldırılmasını istemek, bu istek karşılanmadığı takdirde de ipoteğin kaldırılması (fekki) davası açmak durumundadır. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir'e göre ise; ipotek süresinin dolması ile ipotek maddi değerini kaybetmekle beraber terkin edilmediği müddetçe şekli bakımından tapu kütüğündeki hukuki varlığını sürdürür. Ancak "bu şekli bakımından varlık ipotekte sadece nazari bir önem taşır". Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1051, dpn. 96. Ayrıca belirtmek gerekir ki; Yazarlar 7181 sayılı Kanun ile TMK'nın 883. maddesine eklenen 2. fıkra düzenlemesini, çalışmalarının ipotek ile ilgili bölümlerinin yanı sıra aynı hakların terkinini kapsamında da değerlendirmektedir. Ancak bu değerlendirme, "tescil şekli bir değer taşıyorsa" alt başlığı altında değil, "tescilin hiçbir değeri kalmamışsa" alt başlığı altında yapılmaktadır. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 240-241.

[96] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 649. Oğuzman, Seliçi ve Özdemir'e göre, bu halde rehinin sona erdiği kayıttan anlaşıldığı için terkin kurucu değil, düzeltici niteliktedir. Bu anlamda yapılan terkin işlemi ile tapudaki kayıt, gerçek hukuki durumla uyumlu hale gelmektedir. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1051, 238.

talebiyle, usulüne uygun olarak tapu sicilinden terkin edilmişse, taşınmaz ile teminat altına alınmış olan alacağın tahsili için artık ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılamaz. Zira maddenin belirttiği sürelerin geçmesi ve ipoteğin terkinini ile birlikte, ipotek teminat fonksiyonunu kaybetmiştir. Böyle bir durumda, temel borç ilişkisindeki alacaklı, alacağının tahsili için ancak temel borç ilişkisinin borçlusuna karşı diğer hukuki yollara başvurabilir. Buna karşılık, taşınmaz maliki, temel borç ilişkisinin tarafı değilse, kendisine karşı diğer hukuki yollara da başvuramaz. Zira taşınmaz maliki olan üçüncü kişi, borca özel olarak kefil olmamışsa, sadece teminat gösterdiği miktar ve ipotek süresi ile sınırlı olarak sadece ipotek gösterdiği taşınmaz ile sorumludur. İpotek süresinin sona ermesi ve terkin ile de bu yükümlülüğü ortadan kalkar.

Kanaatimizce, belirttiğimiz durumların gerçekleşmesi için alacağın ne zaman doğduğunun da önemi yoktur. Bu sebeple, ipotek süresi içinde doğmuş olmasına rağmen ipotek süresi içinde takibe başlanılmamış alacaklar için de Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen şekilde ipoteğin terkin edilmesi halinde, ipoteğin teminat fonksiyonunun sona erdiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla, ipotek süresi ve otuz günlük sürenin geçmesinden sonra taşınmaz malikinin talebiyle ipotek terkin edilmişse, ipotek süresi içinde doğmuş olsalar bile taşınmaz ile temin edilmiş alacaklar bakımından ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılamaz.

Öte yandan ipotek süresi içinde ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmasına rağmen, süresinde satış talep edilmediği için takip düşmüş ise, tekrar başlatılacak takip bakımından da ipotek süresinin dikkate alınması gereklidir. Bilindiği üzere; İcra ve İflâs Kanunu'nun 150/e maddesi uyarınca ödeme veya icra emrinin borçluya tebliğ edilmesinden itibaren bir yıl içinde satış talep edilmediği takdirde takip düşer.^[97] Böyle bir durumda, alacaklının tekrar ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapması gerekir. Ancak takip düşmüş ve bu arada ipotek süresi de geçmiş ise artık ipoteğin paraya

[97] “İİK'nun 150/e maddesi hükmü emredici nitelikte olup, mahkemece re'sen gözetilmesi gerekir. Öte yandan, takibin düştüğü tarihten sonra yapılan işlemler yok hükmünde olacağından bu tarihten sonra yapılan ihalenin de sırf bu nedenle feshi gerekir.” Y. 12. HD. E. 2015/12093, K. 2015/17112, 18.06.2015. Aynı yönde: Y. 12. HD. E. 2016/23542, K. 2016/19795, 26.09.2016; Y. 12. HD. E. 2016/13758, K. 2016/16091, 07.06.2016. Kararlar için bkz. kazancihukuk.com. Erişim tarihi: 25.12.2021.

çevrilmesi yoluyla takip yapılamaz. Zira takip düştükten sonra başlatılacak takip, eski takibin devamı değil, yeni bir takiptir.^[98] Bu açıdan yeni bir takibin yapılması için hangi şart ve unsurlar gerekiyorsa, bu takip açısından da aynı şart ve unsurların aranması gerekir.

B) İPOTEK SÜRESİNİN DOLDUĞU ANCAK OTUZ GÜNLÜK SÜRENİN DOLMADIĞI DURUMLARDA ALACAĞIN TAKİBİ

Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesinin 2. fıkrası, ipoteğin tapudan terkin edilebilmesi için ipotek süresinin dolmasının yanı sıra bu tarihten itibaren başlayacak otuz günlük süre içerisinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 150/c maddesinde düzenlenen şerhin konulmamasını olumsuz bir şart olarak öngörmüştür.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 150/c. maddesine göre icra memuru, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatıldığını tapu dairesine bildirmek zorundadır. Bu bildirimi alan tapu memuru da, takibin başladığını ipotekli taşınmazın siciline şerh vermelidir. Bu şerh, madde metninden de anlaşılacağı üzere, takibin başladığına yöneliktir.^[99] Bu anlamda, bu şerhin konulması için ödeme emrinin borçluya tebliğ edilmesine gerek olmadığı gibi takibin kesinleşmesine de gerek yoktur. İşte Türk Medeni Kanunu'nun 883/2. maddesine göre; en geç ipotek süresinin dolmasından itibaren otuz günlük süre içerisinde tapu siciline bu şerh konulmamış ise taşınmaz malikinin talebiyle ipoteğin terkin edilebilmesi mümkündür. 04.07.2019 tarih ve 7181 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 2644 sayılı Tapu Kanunu'na eklenen

[98] "...Mahkeme 19.06.2012 tarih ve 2012/489 E- 2012/564 K. sayılı ilk kararında mükerrer takip yapıldığını belirterek istemin kabulüne ve takibin iptaline karar vermiştir. *Kararın temyizi üzerine Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 10.02.2014 tarih ve 2013/23546 Esas -2014/2002 Karar sayılı ilamı ile ilk takibin süresinde satış istenmemesi sebebiyle düşmesi üzerine yeni takip yapıldığı ve mükerrer takibin söz konusu olmadığı, mükerrer takibe yönelik şikayetin reddine karar verilmesi ve borçlunun diğer şikayet sebepleri ile ilgili inceleme yapılarak oluşacak sonuca göre hüküm tesisi gerektiği belirtilerek karar bozulmuştur...*" Y. 12. HD. E. 2015/7025, K. 2015/18993, 03.07.2015, kazancihukuk.com, Erişim tarihi: 25.12.2021.

[99] Bu şerhin sicile işlenmesinden sonra taşınmazın mülkiyeti devredilirse artık yeni malike ödeme veya icra emri gönderilmez (İİK m. 150/c). Ayrıntılı bilgi için bkz. Budak, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 121 vd. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 463.

geçici 4. madde uyarınca, Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesinin 2. fıkrasının yürürlüğe girdiği tarihten önce süresi dolmuş olmasına rağmen terkin edilmeyen ipoteklerde ise otuz günlük süre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır. Yine 7181 sayılı Kanun'un 28. maddesine göre bu maddenin yürürlük tarihi, 01.01.2020'dir.

Kanaatimizce, Kanun'un ipotek süresi dolduktan sonra şerh konulması için otuz günlük ek bir süre düzenlemesinin temel sebebi, hazırlık ve tebligat gibi işlemler için harcanacak süre nedeniyle, ipotek süresi içinde takibe başlanılmasına rağmen henüz tapu dairesine bildirilmemiş takiplerin semeresiz kalmasını önlemektir. İpoteğin terkin için sadece ipotek süresinin dolması yeterli görülmüş olsa, özellikle ipotek süresinin dolmasına çok az zaman kaldığı durumlarda başlatılan takipler için çeşitli sorunların ortaya çıkması muhtemeldir. Nitekim otuz günlük bu süre öngörülmediği takdirde, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip, ipotek süresi içinde başlatılabilir ancak bu takibin başladığını tapuya şerh verebilmek için geçecek sürede ipotek süresi dolabilir ve taşınmaz malikinın talebiyle ipotek sicilden terkin edilmek suretiyle yapılacak takibin sonuca ulaştırılması mümkün olmayabilir. Örneğin: taşınmaz maliki ipotek süresi dolar dolmaz ipoteğin terkin edilmesini sağlayarak, taşınmazı iyi niyetli üçüncü bir kişiye devredebilir.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki otuz günlük bu süre, kanaatimizce ipoteğin sağladığı güvenceyi uzatma niteliğine sahip değildir. İpotek süresinin sona ermesi ile ipoteğin teminat fonksiyonu da sona erer. Taraflar daha uzun süreli bir teminat ve dolayısıyla daha uzun süreli bir ipotek öngörmek isterlerse, bunun ipotek sözleşmesi ile gerçekleştirilmesi mümkündür. Taraflarca belirli bir süre konularak kısıtlanmış teminat fonksiyonunun kanun ile uzatılmasında ise taraflar veya kamu düzeni açısından bir fayda yoktur. Bu sebeple, daha önce belirttiğimiz üzere, ilgili maddede öngörülen otuz günlük sürenin, ipotek süresi içinde başlamış takiplerin, tapuya şerh verilmesi için gerekli olan hazırlık ve tebligat işlemlerinin yürütülmesi için öngörüldüğünü düşünmekteyiz. Bu çerçevede, ipotek süresi dolmuş ise otuz günlük süre dolmamış olsa dahi alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilmesi mümkün değildir. Örneğin, 27.09.2021 tarihinde sona eren bir ipotek ile temin edilen alacak için 30.09.2021 tarihinde ipoteğin paraya

çevrilmesi yoluyla takip başlatılamaz.^[100] Alacaklı, alacağını elde edebilmek için haciz yahut iflâs yoluna müracaat etmek zorundadır.

C) İPOTEK SÜRESİ VE OTUZ GÜNLÜK SÜRE GEÇMESİNE RAĞMEN İPOTEĞİN TERKİN EDİLMEDİĞİ HALLERDE ALACAĞIN TAKİBİ

Tarafların belirlediği ipotek süresi ile Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen otuz günlük süre geçince, ipotek taşınmaz malikinin talebiyle yahut Türk Medeni Kanunu'nun 1026. maddesinin 3. fıkrası uyarınca tapu memurunun re'sen mahkemeye başvurarak, aynı hakkın sona erdiğini tespit eden bir karar alması ile terkin olunabilir. Ancak ihmal veya başka bir sebeple taşınmaz maliki, Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesinde belirtilen hakkını kullanmamış, bu anlamda ipotek süresi ile otuz günlük süre geçmesine rağmen ipotek tapudan terkin ettirilmemişse yahut tapu memuru Türk Medeni Kanunu'nun 1026. maddesine dayanarak ipoteğin terkin edilmesini sağlamamışsa, alacağın nasıl takip edilebileceğini tartışmak gerekir.

7181 sayılı Kanun ile Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesine eklenen 2. fıkradan önce doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; ipotek süresi geçmiş olsa da ipotek süresi içinde doğmuş alacaklar için ipotek hakkı sona ermez ve sürenin geçmiş olması icra takibi yapılmasını engellemez.^[101] Buna karşılık,

[100] Buna rağmen ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapıldığı takdirde, icra müdürünün alabileceği karar ve borçlunun başvurabileceği yollar için bkz. IV, D.

[101] Akkaya, "Sürelî İpotek," 169-171. Yazar'a göre anapara ipoteğinin söz konusu olduğu durumlarda, anaparanın ipotek süresi içinde doğması yeterlidir. Bu bağlamda, anapara ipoteğinin kapsamında olan faiz ve takip masrafları gibi diğer kalemler ipotek süresinden sonra doğmuş olsa bile güvence kapsamı içindedir. Bkz. Akkaya, "Sürelî İpotek," 171. Eski tarihli bir Yargıtay kararında da bu görüşün benimsendiği söylenebilir. "Mahkemece, davacının davalı şirket lehine merkez Üçmeşeler mevkiindeki taşınmaz üzerine 26.8.1996 tarih ve 3436 yevmiye ile altı ay müddetli ipotek koyulduğu, ipoteğin sürelî olup, şarta bağlı olmadığı, sürenin de geçtiği gerekçesi ile davanın kabulü ile söz konusu taşınmaz üzerine davalı lehine konan sürelî ipoteğin fekkinde karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. *Dava konusu ipotek, altı ay sürelî olarak verilmişse de ipoteğin fekki için bu sürede davacı şirketin borcunun olmaması gerekir. Bu nedenle mahkemece davacı şirketin davalıya ipotek süresi içinde borcu bulunup bulunmadığının tespiti yönünden uzman bilirkişi aracılığı ile inceleme yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.*" Y. 19.

ipoteke, ipotek sözleşmesinde belirlenen süreyle güvence oluşturacağından, sürenin dolmasından sonra doğmuş veya doğacak alacaklar bakımından ipotek sözleşmesinin etkisi olmayacaktır^[102]. Bu sebeple, ipotek süresi dolduktan sonra doğmuş alacaklar için ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız icra takibi yapılırsa, icra müdürünün alacağın ipotek sözleşmesinde belirtilen süresi içinde doğup doğmadığını kendiliğinden araştırma yetkisi bulunmadığından, borçlu ödeme emrine itiraz etmelidir.^[103] Bunun gibi borçlu takip konusu alacağın ipotek kapsamında bulunmadığını ileri sürerek menfi tespit davası da açabilir.^[104]

Kanaatimizce, ipotek süresi ve otuz günlük süre dolmasına rağmen taşınmaz maliki ipoteğin terkinini talep etmese dahi alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapması mümkün değildir. Bir başka deyişle alacaklı ipotek süresi içinde ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlamazsa, bu hakkını kaybetmiş olur.^[105] Zira ipotek süresi, taşınmazın sağladığı güvenceyi zaman bakımından sınırlandırmakta, bu sürenin dolması ile birlikte de ipoteğin güvence fonksiyonu ortadan kalkmaktadır. Bu bağlamda, alacağın doğduğu tarihin de önemi bulunmamaktadır. Alacak ne zaman doğmuş olursa olsun ipoteğin sağladığı güvence, ipotek süresinin dolması ile son bulmaktadır. Nitekim 7181 sayılı Kanun ile Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesine eklenen fıkra ile ipotek süresi ve otuz günlük sürenin dolmasından sonra, ipoteğin temin ettiği alacağın ne zaman doğduğuna bakılmaksızın, ipoteğin terkinini istenebilmektedir. Bu durum ise ipotek süresi ile ipoteğin temin ettiği alacağın doğduğu tarihin ilişkilendirilmesini engellemektedir.

HD. E. 2000/5576, K. 2000/5576, 24.11.2000. Karar için bkz. Ahmet Nar, *Yabancı Para İpoteki*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 207

[102] Akkaya, "Sürelî İpotek," 169-170. Yazar, alacağın ipotek süresi içinde doğup doğmadığını tespit etmek için de hukuki sebebin gerçekleştiği tarihin esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu anlamda, alacağın muaccel olup olmadığı yahut borçlunun temerrüde düşüp düşmediği ipoteğin güvencesi bakımından önemli değildir. Alacağın muaccel olması, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması açısından borçlunun temerrüdü ise hangi tarihten itibaren temerrüt faizi istenebileceğinin tespiti açısından önem arz eder. Bkz. Akkaya, "Sürelî İpotek," 170.

[103] Akkaya, "Sürelî İpotek," 171.

[104] Akkaya, "Sürelî İpotek," 172.

[105] Bu konuda bkz. III, B. başlığı.

Bu anlamda taşınmaz malikinin ihmal veya başka bir sebeple ipoteğin terkin edilmesini istememesi, ipoteğin sağladığı güvencenin uzamasına neden olmaz. İpotek, belirtilen sürelerin geçmesi ile teminat fonksiyonunu kendiliğinden kaybeder. Hukuken (maddi ve şekli) değerini kaybetmiş ancak sicilden terkin edilmemiş bulunan ipotek ise alacaklıya hukuken geçerli bir ipoteğin sağladığı yetkileri bahşetmez.^[106]

Öte yandan süresi geçmiş ipoteğin terkin edilmemiş olması, üçüncü kişilerin haklarını da etkilemeyecektir. Zira üçüncü kişiler, tapu sicilinden ipotek süresinin sona erip ermediğini, bu anlamda da taşınmazın hâlihazırda bir alacağı temin edip etmediğini kontrol etme imkânına sahiptir. Bu bağlamda, örneğin alacağı devralmak isteyen üçüncü kişi, ipoteğin süre bakımından teminat fonksiyonuna sahip olup olmadığını tapu siciline bakarak anlayabilir.

D) İPOTEK SÜRESİ GEÇMİŞ OLMASINA RAĞMEN İPOTEĞİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLUYLA TAKİP YAPILMASI

İpotek süresinin geçmesi ile ipoteğin sona erdiğini, bu anlamda taşınmazın alacağı yönelik teminat fonksiyonunu kaybettiğini, bu sebeple de ipotek süresi geçtikten sonra ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılamayacağına dair görüşümüzü yukarıdaki bölümlerde çeşitli ihtimallere göre ifade etmeye çalıştık. Ancak buna rağmen, özellikle ipoteğin tapudan terkin edilmediği durumlarda, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip talebinde bulunulması hâlinde, bu duruma nasıl karşı konulabileceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilmek için ipotek akit tablosunun tapu dairesi tarafından verilmiş bir suretinin takip talebine eklenmesi gereklidir (İİK m. 148). Böylelikle icra dairesi takibe konu olan alacağın ipotek ile temin edilip edilmediğini anlayabilir ve buna göre borçluya ödeme emri yahut şartları varsa icra emri gönderir. Ancak tapu sicilinden terkin edilmemiş olmasına rağmen birçok nedenle ipoteğin sona ermesi mümkündür. Örneğin, asıl alacak geçersiz yahut sona ermiş ise ipotek de sona erer. Ancak icra dairesi ipotek akit tablosuna bakarak alacağın geçersiz olup olmadığını yahut sona ermiş olup olmadığını doğal olarak anlayamaz. Bu hususların tespiti için tarafların (iradelerine) dinlenilmesine ve/veya bir yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulur. Dolayısıyla,

[106] Bu konuda ayrıca bkz. III, B ve III, C. başlıkları.

ipoteke bu tür nedenlerle sona ermiş olsa da, icra dairesi maddi olmasa da şekli bir değere sahip^[107] olan ve ipoteğin varlığına karine teşkil eden tescile (ipoteke akit tablosuna) dayanarak borçluya ödeme emri yahut şartları varsa icra emri gönderir. Bu durumda, borçlu alacağın geçersiz olduğunu yahut ödeme nedeniyle sona erdiğini itiraz yahut icranın geri bırakılması yoluyla ileri sürebilir.^[108]

Buna karşılık ipoteke süresi açısından durum farklıdır. Belirttiğimiz üzere; rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmak istendiğinde, ipoteğin varlığını göstermek için takip talebine ipoteke akit tablosunun eklenmesi gerekir ki; bu durum ipoteğin mevcudiyetini (varlığını veya yokluğunu) inceleme noktasında icra müdürüne bir görev yüklediğini göstermektedir.^[109] Esasen bu yükümlülüğün farklı bir görünüm biçimi, İcra ve İflâs Kanunu'nun 45. maddesi uyarınca genel haciz yoluyla takiplerde dahi öngörülmüştür. Bu hüküm uyarınca, alacağı temin eden bir ipoteğin varlığı hâlinde, genel haciz yoluyla takip yapılamaz. İpoteğin varlığına rağmen alacaklı genel haciz yoluyla takip yapmak isterse, icra müdürünün bunu reddetmesi gerektiği, aksi takdirde süresiz olarak şikâyet yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir.^[110] Hatta bu yükümlülük, ipoteke akit tablosundan anlaşılabilirdiği hâllerde, ipoteğin kapsamını incelemeye kadar uzanmaktadır. Bu açıdan özellikle üst sınır ipoteğinin söz konusu olduğu durumlarda, icra müdürünün ipoteğin hangi alacak miktarına kadar teminat işlevine sahip olduğunu tespit etme yükümlülüğünün varlığı kabul edilmektedir. Bu sebeple, üst sınırı aşan

[107] Bu konuda ayrıca bkz. III, C. başlığı.

[108] İpoteğin asıl alacağa bağlı bir hak olmasının sonucu olarak, asıl alacağın geçersiz yahut sona erdiği hallerde, ipoteke hakkı da sona erdiğinden, esasen borca tamamen itiraz edildiğinde ipoteke hakkına da dolaylı olarak itiraz edilmiş olur. Ancak ödeme emri gönderildiği durumlarda, alacaklı bu itirazını, İİK'nın 150. maddesinin "rehin hakkı itiraz konusu edilemez" hükmü uyarınca ipoteğe itiraz olarak değil, asıl alacağa itiraz etmek suretiyle gerçekleştirir.

[109] Eroğlu, "İpoteğin Paraya Çevrilmesine İlişkin Takipte," 910. Yazar'a göre icra müdürü bu hususu sadece takibin başlangıcında değil, takibin her aşamasında incelemekle yükümlüdür. Buna rağmen takibe devam edildiği takdirde, kural emredici nitelikte olduğundan, süresiz şikâyet yoluna başvurulabilir. Bkz. Eroğlu, "İpoteğin Paraya Çevrilmesine İlişkin Takipte," 910.

[110] Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 204-205.

şekilde takip yapıldığı takdirde, buna karşı süresiz şekilde şikâyet yoluna başvurulabileceği ileri sürülmektedir.^[111]

Açıklamaya çalıştığımız bu yükümlülük çerçevesinde, doğrudan ipotek akit tablosuna bakılarak ipotek süresinin geçip geçmediği, bu anlamda da ipoteğin hâlihazırda geçerli olup olmadığı (mevcudiyeti) anlaşılabilceğinden, ipotek süresinin dolması nedeniyle maddi ve şekli değerini kaybeden tescile^[112] (ipotek akit tablosuna) dayanarak ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmak istendiğinde, bu talebin icra müdürü tarafından reddedilmesi gerekir. Bunun aksine bir işlem yapıldığı takdirde ise şikâyet yoluna başvurulabilmelidir. Ancak bu konuda yaşanabilecek tereddütleri gidermek ve Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesi ile uyum sağlamak amacıyla, icra dairesine ipotek süresini inceleme yükümlülüğü getiren açık bir düzenlemenin İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılması yerinde olacaktır.

E) SÜRESİ GEÇMİŞ İPOTEĞİN PARAYA ÇEVİRME AŞAMASINDAKİ DURUMU

1- Mükellefiyetler Listesi Açısından Durumu

Taşınmazlar, satış talebinden itibaren üç ay içinde icra müdürlüğü tarafından açık artırma yoluyla satılır (İİK m. 123). İhaleenin (açık artırmanın) sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için ise, Kanun'da belirtilen birtakım

[111] Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 317; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 218-219. "...Limit aşımına ilişkin şikâyet, İİK. nun 16/2. maddesi gereğince süresiz olarak, hesap özetine itirazda bulunulmasa dahi, her zaman ileri sürülebilir. Takip dayanağı olan ipotek akit tabloları içeriğine göre; ipoteklerin, borçlu... İnşaat Tic. ve San. Ltd. Şti.'nin doğmuş ve doğacak borçlarını teminen kurulmuş üst sınır (limit) ipoteği oldukları görülmektedir. Bu durumda, şikâyetçi borçlu ve aynı zamanda ipotek verenin sorumluluğu, ipotek limitleri toplamı olan 644.000,00 TL ile sınırlı olup, takipte talep edilen 679.704, 11 TL toplam alacağın, ipotek limitinin üzerinde olduğu anlaşılmaktadır. O halde, mahkemece, şikâyetçi borçlu bakımından ipotek limiti olan 644.000.00 TK'yi aşan kısımla ilgili takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." Y. 12. HD. 23.01.2017, 25605/769 (E-uyar) naklen Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 219 dnp. 681.

[112] Bu konuda ayrıca bkz. III, C. başlığı.

hazırlık işlemlerinin icra müdürü tarafından yapılması şarttır.^[113] Bu işlemler gerçekleştirilmeden doğrudan ihaleye geçilemez.^[114]

Açık artırmaya hazırlık işlemleri kapsamında icra müdürünün artırma şartnamesi ve bu kapsamda da mükellefiyetler listesi düzenlemesi gerekir (İİK m. 128).^[115] Mükellefiyetler listesi, artırma şartnamesinin bir parçası olup, ihale alıcısı açısından tapu sicili hükmündedir.^[116] Bunun gibi bu liste, ihale bedelinin nasıl paylaşılması gerektiğini gösteren bir sıra cetveli hükmündedir.^[117] Bu listede, ilgili taşınmazın tapu sicilinde kayıtlı olan mükellefiyetler gösterilir.^[118] İpotek hakkı da bir mükellefiyet olduğundan,

[113] Açık artırmanın ilan edilmesi, ilanın ilgililere tebliğ edilmesi (İİK m.127), artırma şartnamesi ve mükellefiyetler listesinin düzenlenmesi ile kıymet takdirinin yapılması, ihale gerçekleştirilmeden önce tamamlanması gerekli olan hazırlık işlemleridir.

[114] Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 219.

[115] İcra ve İflâs Kanunu'nun 128. maddesinin açık hükmüne rağmen uygulamada tüm satışlar için mükellefiyetler listesi düzenlenmediği, bunun yerine tapu kayıt örneklerinin ilgililere tebliği ile yetinildiği belirtilmektedir. Bkz. Talih Uyar, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar, *(İcra Hukukunda) İstihkak Davaları*. (Ankara: Bilge Yayınevi, 2018), 17, 20. Ancak doktrinde mükellefiyetler listesinin düzenlenmemesi halinde ihalenin feshinin talep edilebileceği belirtilmektedir. Bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 316. Yargıtay'ın birtakım kararlarında ise mükellefiyetler listesi düzenlenmemesi, ihalenin feshi nedeni olarak görülmemektedir. "Somut olayda mahkemece, mükellefiyetler listesinin hazırlanmadığı da gerekçe gösterilerek ihalenin feshine karar verilmiş ise de, mükellefiyetler listesinin düzenlenmemesi yukarıda açıklanan fesih nedenleri arasında yer almamaktadır. Diğer taraftan mükellefiyetler listesinin düzenlenmemesi borçlu lehine bir durum oluşturmaktadır. Belirtilen nedenlerle mahkemenin mükellefiyetler listesine ilişkin fesih gerekçesi de yerinde görülmemiştir." Y. 12. HD. E. 2013/11913, K. 2013/19939, 28.05.2013. Aynı yönde: E. 2013/28766, K. 2013/35076, 07.11.2013; Y. 12. HD. E. 2011/30567, K. 2012/14451, 30.04.2012. Kararlar için bkz. legalbank.net, Erişim tarihi: 02.01.2022.

[116] Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 303; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 221; Kuru ve Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 235.

[117] Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 221; Kuru ve Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 235; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 303.

[118] İpotek, ipotekli borç senetleri, irat senetleri, irtifak hakları, taşınmaz mükellefiyetleri ve tapu siciline şerh verilmiş kişisel haklar (kira sözleşmesi gibi) mükellefiyetler

kural olarak mükellefiyetler listesinde yer alması gerekir.^[119] Ancak taşınmaz üzerindeki tek mükellefiyet, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapıp, satış isteyen alacaklının ipoteği ise, bu kişi kendi alacağı bakımından rüçhanlı kabul edilmediğinden ve ipoteğin ihale alıcısına da geçmesi mümkün olmadığından, mükellefiyetler listesinin düzenlenmesine gerek olmadığı belirtilmektedir.^[120]

Mükellefiyetler listesi, alıcılar açısından tapu sicili hükmünde olduğundan, gerektiği hâlde bu listede gösterilmeyen ipotek hakkından ihale alıcısının sorumlu olmadığı ifade edilmektedir.^[121] Bir başka deyişle, mükellefiyetler listesi ile tapu sicili arasında fark bulunması halinde, alıcı bakımından mükellefiyetler listesinin dikkate alınması gerekir.^[122] Bu anlamda, ihale

listesinde gösterilmelidir. Taşınmaz üzerindeki hacizler ise mükellefiyetler listesinde gösterilmez. Bkz. Kuru ve Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 235.

[119] Kuru ve Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 235; R. Murat Dönmez, “Mükellefiyetler Listesi (İİK m. 128/1),” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 19, no. 64 (Mayıs-Haziran, 2006): 368. Buna karşılık Yargıtay’ın eski tarihli bazı kararlarında, ipotek hakkının bir mükellefiyet olmadığı, bu sebeple de mükellefiyetler listesinde gösterilmesine gerek olmadığını belirtmektedir. “İpotek mükellefiyet değildir. Ezcümle mürur hakkı, üst hakkı vesaire gibi gayrimenkulün kıymetini azaltan mükellefiyettir. Gerek ipotek ve gerek haciz adi bir alacaktan ibarettir. Merhun gayrimenkul üzerinde yukarıda sayılan gibi bir mükellefiyet bulunmadığından mükellefiyet listesinin düzenlenmesine mecburiyet olmadığı hakkındaki merci kararı yerindedir... “(İİD, 30.03.1961 T, E. 2423, K. 3119–Özkan, Hasan, *İcra ve İflâs Davaları ve Tatbikatı*, Mayıs 1999, s. 772). naklen Dönmez, “Mükellefiyetler Listesi,” 369, dpn:5.

[120] Kuru ve Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 341; Dönmez, “Mükellefiyetler Listesi,” 369.

[121] Nedim Meriç, *Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 53.

[122] Cansel, *Tapu Siciline İtimat Prensibi*, 62; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 303. Yargıtay’a göre tapu sicili ile mükellefiyetler listesi arasında fark bulunması ihalenin feshi nedeni değildir. “Somut olayda, takip borçlusu tarafından, 25.06.2010 tarihinde yapılan ihalenin feshi istenilmiş, mahkemece; “Açık arttırma ve şartname tutanağında gayrimenkul üzerinde mükellefiyetlerin bulunmadığı yazılmıştır. Ancak tapu kayıtlarında ve banka yazılarında satışa konu hisse üzerinde ipotek bulunduğu görülmektedir. İcra müdürlüğüne düzenlenen 31.05.2010 tarihli mükellefiyetler listesinde ise, bu ipoteklere yer verilmeyerek mükellefiyetler listesi ile şartname arasında çelişki oluşturulmuştur” gerekçesiyle ihalenin feshine karar

alıcısının mükellefiyetler listesinde gösterilmeyen ancak tapuda bulunan ve kendisi açısından şekli bir anlam taşıyan ipoteğin tapudan terkinini isteyebileceği ifade edilmektedir^[123]. İpotek hakkı, tapudan bu şekilde terkin edilen alacaklının ise zararının karşılanması amacıyla Devlete karşı dava açabileceği belirtilmektedir.^[124]

Bu noktada, süresi dolmuş bir ipoteğin, mükellefiyetler listesinde gösterilmesinin gerekli olup olmadığını da tartışmak gerekir. Doktrindeki bir görüşe göre; icra müdürünün tapu sicilinde gösterilen mükellefiyetleri inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Tapu sicilinde gösterilen mükellefiyetler, mükellefiyetler listesinde de bulunmalıdır.^[125] Bu anlayışın yansıması olarak, süresi geçmiş de olsa ipotek tapudan terkin edilmemişse, bu ipoteğin de mükellefiyetler listesinde gösterilmesinin gerekli olduğu ileri sürülebilir.

Kanaatimizce ise, ipotek hakkının sona erdiği durumlarda tapudan terkin edilmemiş tescil, taşınmaz açısından bir mükellefiyet teşkil etmez. Ancak asıl alacağın sona ermesi yahut geçersiz olması nedeniyle ipoteğin de sona erdiği durumları, icra müdürünün tapu sicilinden anlayabilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, böyle durumlarda icra müdürünün şekli bir değere sahip olan tescile dayanan ipoteği listeye eklemesi, ilgililerin ise buna itiraz etmesi gerekir.^[126] Buna karşılık ipotek hakkının sona erdiği tapu sicilinden anlaşılabilirse, hukuken geçerli olmayan bir ipotek, mükellefiyetler listesinde

verilmiştir. Mahkemenin fesih nedeni olarak gösterdiği nedenler, satıştan önce satışın durdurulması istemine konu edilebilir ise de, anılan nedenler yukarıda açıklanan fesih nedenleri arasında bulunmadığı gibi, mükellefiyetler listesinin düzenlenmemesi dahi borçlu lehine bir durum oluşturmaktadır.” Y. 12. HD. E. 2010/29600, K. 2011/11129, 31.05.2011, legalbank.net, Erişim tarihi: 02.01.2022.

[123] Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 53

[124] Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 53; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 303.

[125] Dönmez, “Mükellefiyetler Listesi,” 370. *Atalı/Ermenek/Erdoğan’a* göre “Taşınmazın durumu tapuda ne şekilde ise, bütün yükümlülüklerin mükellefiyetler listesinde de gösterilmesi gerekir.” Bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 302.

[126] Meriç ve İyilikli, “Taşınmaz Teminatı”, 76. *Dönmez’e* göre de; borçlu yahut diğer haciz sahibi alacaklılar, asıl borcun geçersiz yahut ödenmiş olduğunu belirtmek suretiyle ipotek hakkının sona erdiğini ileri sürerek mükellefiyetler listesine itiraz edebilir. Bkz. Dönmez, “Mükellefiyetler Listesi,” 373.

gösterilmemelidir. Bu bağlamda, ipotek hakkının, ipotek süresi nedeniyle sona erdiği, bu anlamda tescilin maddi ve şekli bir değerinin bulunmadığı tapu sicilinden anlaşılabilir niteliktedir. Bu nedenle icra müdürü, gerek diğer alacaklıların korunması gerekse de mükellefiyetlerin kıymet takdirinde dikkate alınacak^[127] olması nedeniyle, ihalenin daha sağlıklı gerçekleştirilebilmesi için belirtilen ipoteği listede göstermemelidir. Bu durumun aksine, süresi dolmuş bir ipoteğin mükellefiyetler listesinde gösterilmesi hâlinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 128. maddesine uygun olarak mükellefiyetler listesine karşı konulabilir. Nitekim doktrinde, mükellefiyetler listesi kendilerine tebliğ edilen^[128] borçlu yahut haciz sahibi alacaklıların ipotek hakkına, ipoteğe bağlı alacağa ve bu alacağın miktarına itiraz edebileceği belirtilmektedir.^[129]

[127] İcra ve İflâs Kanunu'nun 128. maddesinin 2. fıkrasına göre; "İcra dairesi taşınmazın kıymetini takdir ettirir, taşınmazın kıymetinin takdirinde, taşınmaz üzerindeki mükellefiyetlerin kıymete olan etkisi de nazara alınır. Taşınmazın önceden takdir edilen kıymetini etkileyen mükellefiyetlerin ortaya çıkması halinde, icra dairesi satışa esas olmak üzere taşınmazın kıymetini yeniden takdir ettirir."

[128] İcra ve İflâs Kanunu'nun 128. maddesine göre icra dairesi tarafından düzenlenen mükellefiyetler listesi, borçluya ve taşınmaz üzerinde haczi bulunan alacaklılara tebliğ olunur.

[129] Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 195. *Postacıoğlu* ise ipotekli alacağının ödendiğini ve bu nedenle bu alacaklıya pay ayrılmasının gerekmeyeceğini ileri sürmek için taşınmaza daha sonra haciz koyduran alacaklının İİK'nın 142. maddesine dayanarak sıra cetveline itiraz yoluna başvurabileceğini belirtmiştir. Ancak Yazar'a göre ipotekli alacak karşılama prensibinde dikkate alınacağı için haciz alacaklısının satıştan önceki dönemde de belirtilen ipoteğin terkin edilmesinde menfaati vardır. Bu sebeple, mükellefiyetler listesinin düzenlenmesinden sonra da belirtilen ipoteğe karşı konulması mümkündür. Buna göre icra müdürünün "şartnameye geçirmek üzere kaydettiği ipoteğe karşı haciz alacaklı bu ipoteğin varlığına itiraz ederse, ipoteğin hükümden düştüğü yolunda adı geçen ipotek alacaklısına onun istihkak iddiasına karşı bu itirazının tebliğini 96. md. mucibince istemeli ve ipotek alacaklısı alacağının varlığı hakkında ısrar ettiği takdirde ihtilaf yaratarak, dosyanın icra tetkik merciiine sevkini sağlamalıdır. O zaman icra tetkik mercii ipotek beyanına karşı bunun karşılığı alacağın yokluğunu ileri süren haciz alacaklıya 7 gün içinde dava açmak mecburiyetini tahmil etmeli ve aynı zamanda takibin devamını bu davanın sonuna bırakmalıdır..." Bkz. İlhan E. Postacıoğlu, "İpotekle Yüklü Bir Gayrimenkulü Haczedene Alacaklı İpoteğin Hükümden Düştüğünü Ne Yolda Ortaya Koyabilir?", *İzmir Barosu Dergisi* 4, no. 1 (1985): 31.

Mükellefiyetler listesine itiraz, listenin tebliğ edildiği tarihten itibaren üç gün içerisinde yapılmalıdır (İİK m. 128). Süresi içinde mükellefiyetler listesine itiraz edildiği takdirde, 128. maddenin atfı nedeniyle istihkak prosedürüne ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun 96. ve 97. maddeleri burada da uygulanır. Süresi içinde itiraz edilmez yahut açılan istihkak davası aleyhe sonuçlanırsa, mükellefiyetler listesi kesinleşir.^[130]

2- Karşılama Prensibi Açısından Durumu

Taşınmazın ihale edilebilmesi için açık artırma sırasında Kanun'da belirtilen asgari ihale bedeline ulaşılması gerekir. İhale bedeli, bu sınırı geçmediği takdirde, ihale gerçekleştirilemez. Doktrinde bu kural, karşılama prensibi olarak adlandırılmaktadır.^[131] Bu prensibe göre; ihale bedelinin (en yüksek teklifin), her hâlükârda taşınmazın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve ayrıca paraya çevrime ve paylaşırma masraflarını karşılaması gerekir. Ancak satış isteyen alacağına rüçhanlı olan alacaklar varsa, ihale bedelinin bu alacakları da karşılaması şarttır. Bu bağlamda rüçhanlı alacakların toplamı, tahmini bedelin yüzde ellisini geçiyorsa, asgari ihale bedeli belirlenirken rüçhanlı alacaklıların toplamı dikkate alınmalıdır (İİK m.

[130] Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 195. Bu açıdan süresi içinde mükellefiyetler listesine itiraz etmeyen alacaklının (liste kendisine tebliğ edilmiş ve itiraz etme hakkı tanınmış alacaklının) daha sonra paraların paylaşılması aşamasında hazırlanacak olan sıra cetveline itiraz edemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 303. Meriç'e göre de "Hazırlanan yükümlülük listesi, gerek itiraz edilmemekle gerekse de itiraz üzerine açılan istihkak davası ile takip hukuku açısından kesinleşir. Bu durumda yükümlülük listesinin ve bu listede tespiti yapılan hak ve alacakların sıra cetveline itiraz davası ile kısmen veya tamamen iptali istenilemeyecektir. Yükümlülük listesine karşı koyma olanağı kendisine tanınmamış takip alacaklısı ise, yükümlülük listesinde bulunan bir yükümlülüğe paylaştırmadan tahsis yapılmaması, pay ayrılmaması için satış aşaması geçmiş olsa dahi İcra ve İflâs Kanunu m. 128 (İsv. İİK. 140) kapsamında istihkaka prosedürü işletilerek karşı koyma olanağı verilmesi, itirazlarının bu yolla çözümlenmesinin sağlanması gerekecektir. Bu olanakların verilmediği durumda, bu alacaklı sıra cetveline itiraz davası açabilecektir." Bkz. Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 195-196. Yargıtay'ın eski tarihli bir kararına göre ise mükellefiyetler listesine itiraz edilmemesi, sıra cetveline itiraz hakkını ortadan kaldırmaz. 19. HD. 9901/6018, 19.11.1992, e-uyar.com, Erişim tarihi: 21.12.2021.

[131] Meriç ve İyilikli, "Taşınmaz Teminatı," 58, 61 vd.

129, m. 115). Bir başka deyişle icra müdürü, muhammen bedelinin yüzde 50'si ile rüçhanlı olan alacakların toplamını karşılaştırmalı ve fazla olanın üstüne paraya çevirme ve paylaşırma masraflarını ekleyerek asgari ihale bedelini tespit etmelidir.

Rüçhanlı alacaklıların belirlenmesi ve dolayısıyla asgari ihale bedelinin tespiti açısından satışın kim tarafından ve hangi takip sonucunda istendiğine dikkat etmek gerekir. Bu anlamda ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip sonucunda taşınmazın satımı talep edilmişse, satış isteyen rehinli alacaklı, kendisine karşı rüçhanlı olarak kabul edilemeyeceğinden, bu takip bakımından kendi alacağı rüçhanlı olarak kabul edilemez.^[132] Bu sebeple de kendi alacağı ihale bedelinin tespitinde dikkate alınmaz. Ancak satış isteyen ipotek alacaklısının önünde başka ipotek alacaklıları (muaccel) varsa, bunlar satış isteyeneye karşı rüçhanlı olduğundan karşılama prensibinin hesabında dikkate alınır. Buna karşılık, satış isteyen ipotek alacaklısından sonra gelen ipotekli alacaklılar ise rüçhan hesabında ve karşılama prensibinde dikkate alınmaz.^[133]

Öte yandan ipotekli taşınmazın, alacakları rehinle temin edilmemiş alacaklılar tarafından haczedilmesi ve satışın bu alacaklılar tarafından istenmesi de mümkündür. Bu durumda, satış isteyen haciz alacaklısına karşı rüçhanlı olan alacaklar ise haciz tarihinden önce^[134] tesis edilmiş olan (muaccel^[135])

[132] Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 116.

[133] Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 324; Kuru ve Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 341; Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 116-117.

[134] Yargıtay kararlarına göre; hacizden sonra tesis edilmiş ipotek ile temin edilen alacak, rüçhanlı alacak olarak kabul edilmemektedir. "Somut olayda, şikayet edenin ipotek alacağı, haciz tarihinden sonra olduğundan rüçhanlı alacak olarak kabul edilemez. Dolayısıyla ihale bedelinin hacizden sonra konulan ipoteği karşılması zorunlu değildir. Bu nedenle takip yapan alacaklının alacağına rüçhanlı bir alacak bulunmadığından ihale bedelinin rüçhanlı alacağı karşılama ilkesinin tartışılmasına gerek bulunmadığı gibi..". Y. 12. HD. E. 2014/9056 K. 2014/11887, 22.04.2014 (www.e-uyar.com. E.T.11.03.2016) naklen Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 119-120, dn. 402.

[135] Doktrinde muaccel olmayan (müccel) ipotekli alacakların, mükellefiyetler listesinde gösterilerek ihaleyle birlikte alıcıya geçeceği, bu sebeple de muaccel olmayan ipotekli alacakların karşılama prensibinde dikkate alınmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Kuru ve Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 237, dn. 8; Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 117-118. Yargıtay kararlarında ise böyle bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. "Şikayetçi tarafından icra mahkemesine yapılan başvuruda, ihalenin

ipoteke alacaklarıdır.^[136] Dolayısıyla ihale bedeli rüçhanlı olarak kabul edilen ipoteke alacaklarını karşılamadığı müddetçe satış gerçekleştirilmemelidir. Aksi durumda ihalenin feshi yoluna başvurulabilir^[137].

Konumuz bakımından ipoteke süresi geçmiş olan ipoteekli alacakların ise, rüçhanlı alacak kapsamına girmediği söylenebilir. Zira ipoteke süresinin dolması ile ipoteke hakkı da sona erdiğinden, ipoteke hakkının sağladığı rüçhan hakkının da sürenin dolmasıyla birlikte sona erdiği kabul edilmelidir. Bu çerçevede ipoteke süresi dolmuş alacakların, satış isteyen haciz veya ipoteke

feshi sebebi olarak ileri sürdüğü sair iddialarının yanı sıra, ipoteekli taşınmazın ipoteke bedelinin altında satıldığını ileri sürerek, ihale bedelinin ipoteke bedelinin altında kaldığı iddiaları ile ihalenin feshi talep edilmiş, mahkemece şikayetin kabulüyle ihalenin feshine karar verilmiştir. İİK.'nin 129 /1. maddesi uyarınca, birinci ve ikinci ihalede satışın yapılabilmesi için artırma bedelinin, malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyen alacağına rüçhanlı olan alacakların toplamından fazla olması, bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaşılması masraflarını geçmesi zorunludur. *Anılan maddede yer alan "rüçhanlı alacak" sözcüğü, taşınmazla temin edilen ipoteekli alacakları ifade eder.* İpotek alacaklısının, satışın, ipoteke bedelinden daha aşağıya yapılmasına muvafakat etmesi halinde ihalenin, rüçhanlı alacak olan ipoteke alacağının altında bir bedelle yapılması mümkündür. *İİK'nun 129. maddesindeki rüçhanlı alaktan anlaşılması gereken satış yapılan dosya alacağına rüçhanlı alacaklardır.* Somut olayda takip alacaklısının alacağına rüçhanlı alacak olmadığına göre İİK'nun 129 /1. maddesine aykırılık yoktur. O halde, mahkemece ihalenin feshi isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." Y. 12. HD. E. 2016/13438, K. 2016/15887, 06.06.2016. "İİK'nun 129 /1. maddesi uyarınca, birinci ve ikinci ihalede satışın yapılabilmesi için artırma bedelinin, malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyen alacağına rüçhanlı olan alacakların toplamından fazla olması, bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaşılması masraflarını geçmesi zorunludur. *Anılan maddede yer alan "rüçhanlı alacak" sözcüğü, taşınmazla temin edilen ipoteekli alacakları ifade eder.*" Y. 12. HD. E. 2019/12365, K. 2019/15934, 5.11.2019. Kararlar için bkz. www.hukukturk.com. Erişim tarihi: 9.11.2021.

[136] Kuru ve Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 237, dpn: 8; Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 118.

[137] "...Bu durumda ihale bedellerinin, ipoteke bedelinin ve banka tarafından bildirilen güncel borç miktarının altında kaldığı görülmekle emredici kurala aykırı olan bu durum ihalenin feshini gerektirmektedir. O halde mahkemece, bu husus kendiliğinden gözönüne alınarak ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." Y. 12. HD. E. 2015/2468, K. 2015/6574, 19.03.2015, hukukturk.com, Erişim tarihi: 9.11.2021.

alacaklısının alacağına karşı bir öncelikleri bulunmadığından, ihale bedelinin rüçhanlı alacakları karşılama zorunluluğu bakımından dikkate alınmaları gerekmez. Bu durumun aksine, ipotek süresi dolmuş alacağın rüçhan hesabında dikkate alınması hâlinde şikâyet yoluna başvurulabilir. Zira asgari ihale bedelini tespit edecek merci, doğal olarak icra müdürlüğüdür. İcra müdürü bu görevini yerine getirirken, Kanun'un aradığı şartları dikkate almak, bu anlamda tahmini bedelin yüzde ellisini hesap etmek, satış ve paylaşırma masraflarını belirlemek ve rüçhanlı alacak olup olmadığını incelemek zorundadır. Nitekim Yargıtay'ın bazı kararlarında da ihale bedelinin belirlenmesi noktasında ipoteğin devam edip etmediği, ediyorsa ipotek miktarının tespit edilmesi hususunda icra müdürüne görev yüklendiği görülmektedir.^[138] Her ne kadar belirtilen kararlar, süreli ipoteğe ilişkin değil de ipoteğin varlığını tespit noktasında öngörülen görevin uzantısı olarak ipoteği sona erdiren bir neden olarak kabul edilen ipotek süresinin incelenmesi hususunda da dikkate alınabilecekleri söylenebilir.

[138] "...Somut olayda, dava konusu her iki taşınmaz üzerinde, genel haciz yolu ile takipte konulan 27.10.2017 tarihli hacizden önce ...lar Bankası T.A.O lehine 1. derecede... A. Ş. lehine 2. derecede ipotek tesis edildiği görülmektedir. Bu durumda, icra müdürlüğünce, takip türü nedeni ile her iki ipoteğin de taşınmazlar üzerinde devam edip etmediği ve devam ediyorsa miktarı ipotek alacaklılarından sorulup tespit edilmeksizin taşınmazların satışının gerçekleştirildiği anlaşılmakta olup, ipotek alacaklılarının, ipotek bedeli altında satışa muvafakat ettiği dair bir belgeye de dosya içinde rastlanılmamıştır..." Y. 12. HD. E. 2021/5071, K. 2021/6577, 16.06.2021, kazancihukuk.com, Erişim tarihi: 10.11.2021.

F) SÜRESİ GEÇMİŞ İPOTEĞİN PARALARIN PAYLAŞTIRILMASI AŞAMASINDAKİ DURUMU

Taşınmazın satımı sonucunda elde edilecek tutar, masraflar^[139] çıkarıldıktan sonra, icra dairesi tarafından re'sen alacaklılar^[140] arasında paylaşılır.^[141] Bu miktar, bütün alacaklıların alacağını karşıladığı takdirde, herhangi bir sorunla karşılaşmaz.^[142] Buna karşılık bu miktar, bütün alacaklıların alacağını karşılamadığı takdirde, icra müdürünün öncelikli olarak tamamlama haczi yapması gerekir (İİK m. 139). Ancak borçlunun başkaca malı olmadığı için tamamlama haczi yapılamaz yahut yapılır da alacaklıların alacağı yine de karşılanamazsa, icra müdürü^[143] tarafından sıra cetveli düzenlenir (İİK

[139] İİK'nın 138/2. maddesi uyarınca “haciz, paraya çevirme ve paylaşırma gibi bütün alacaklıları alakadar eden masraflar önce satış tutarından alınır ve artan para takip masrafları ve işlemler faizler dâhil olduğu halde alacaklıları nispetinde paylaşılır.”

[140] Sadece tek bir alacaklının olduğu durumlarda, paraların paylaşılması, bu anlamda aşağıda belirtildiği üzere sıra cetveli düzenlenmesi söz konusu olmaz. Bir alacaklının takibi sonucunda mal satılmışsa, elde edilen para doğrudan bu alacaklıya ödenir. Satıştan elde edilen para, alacağı karşılamazsa tamamlama haczi yapılır. Yine de alacak karşılanamazsa alacaklıya aciz belgesi verilir. Kuru ve Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 250, 254; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 238.

[141] 7343 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile İİK'nın 134. maddesine eklenen fıkra göre “İhale kesinleşmedikçe ve ihale konusu mal alıcıya teslim edilmedikçe veya teslim hazir hale getirilmedikçe ihale bedeli alacaklılara ödenmez.”

[142] Bu durumda, aşağıda belirtilen şekilde tamamlama haczi yapılmaz ve sıra cetveli düzenlenmez. İcra müdürü, alacaklılara parasını doğrudan öder. Bu anlamda, tamamlama haczi yapılması ve sıra cetveli düzenlenmesi, satış tutarının bütün alacaklıların alacağını karşılamadığı durumlara münhasırdır. Bkz. Kuru ve Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 251-252.

[143] Sıra cetvelinin, ilk haczi uygulayan icra dairesi tarafından düzenleneceği kabul edilmektedir. Bu anlamda taşınmazın satışı başka bir icra dairesi tarafından gerçekleştirilmiş olsa da sıra cetveli ilk haczi koyan icra dairesi tarafından düzenlenir. Bkz. Mahmut Çoşkun, *Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 341, 562. “Sıra cetvelinin ise ilk haciz koyan icra dairesince yapılması gerekir. Ancak satışın ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılması ve ipoteğin ilk sırada olması durumunda icra müdürlüğüne sıra cetvelinin düzenlenmesi tabiidir.” 12. HD. 18.06.2014 T. 15865/17794 naklen Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 355-356.

m. 140, 151).^[144] Alacaklıların hangi sıra ile alacaklarına kavuşabilecekleri de bu sıra cetveline göre belirlenir.^[145]

Sıra cetvelinde ipotekli alacaklılar ile taşınmaz üzerinde haczi bulunan diğer alacaklıların gösterilmesi gerekir.^[146] Ancak doktrinde; alacağı ipotekle

[144] Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 51-52; Kuru ve Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 250; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 329. Yargıtay kararlarına göre, birden fazla taşınmazın bulunduğu durumlarda, haciz tarihleri farklı ise, her bir taşınmaz için ayrı sıra cetveli düzenlenmesi gerekir. "...Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, iki ayrı taşınmazın satış bedeli üzerinden torba yapılarak sıra cetveli yapıldığı, oysa taşınmazlara farklı tarihlerde haciz uygulandığından her bir taşınmaz bedeli yönünden ayrı ayrı sıra cetveli yapılması gerektiği gerekçesiyle şikayetin kabulü ile sıra cetvelinin iptaline karar verilmiştir. Kararı, şikayet olunan Mete Ü.. vekili temyiz etmiştir. Davadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle geciktirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle şikayet olunan vekilinin paraların paylaşılmasına yönelik itirazlarının paraların paylaşılması aşamasında şikayet yolu ile sürülebilecek olmasına göre, şikayet olunan Mete Ü... vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir." Bkz. 23. HD. 23.01.2013 T. 2012/6896; 298 naklen Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 358.

[145] Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 329. Alacaklılar, sıra cetvelinde gösterilen sıralara göre alacaklarını alır. Bu anlamda sıra cetvelinde üst sırada gösterilen alacaklar ödenmedikçe, diğer alacakların ödenmesi mümkün değildir. Ancak aynı sırada birden fazla alacaklı varsa, bunlar arasında altlık üstlük ilişkisi yoktur. Bunlar arasındaki paylaşılma, aynı sıradaki alacakların toplamına göre belirlenecek alacak oranlarına göre (garameten) yapılır. Bkz. Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 239; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 331

[146] "Açıklanan bu yasal düzenlemeler de ortaya koymaktadır ki, icra takibinde yapılan satış sonucu elde edilen satış tutarının bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetmemesi halinde *icra dairesi tarafından alacaklıların bir sıra cetvelinin yapılması; sıra cetveli düzenlenirken de, ipotekli alacaklılar ile haciz uygulayan diğer alacaklıların İİK'nın 151'inci maddesi uyarınca sıra cetvelinde gösterilmesi gerekmektedir*. Buna göre, rehin bedelinin alacaklılar arasında paylaşılmasında İİK. 138'inci madde hükmü uygulanarak, satış tutarının alacaklıların alacağını ödemeye yetmemesi halinde, icra müdürlüğünce aynı yasanın 206'ncı maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre sıra ve paylar tayin olunacaktır. Ayrıca, açıkça atıfta bulunulduğu da gözetilerek, İİK'nın 141,142 ve 144'ncü maddeleri de paylaştırmada uygulanacaktır. *Böylece, ipotekli alacaklıların yanı sıra diğer alacaklılara da sıra cetvelinde yer verilmesi suretiyle adı geçenlerin sıra cetveline itiraz etme olanağı da sağlanmış olmaktadır. Durum bu olunca, icra müdürlüğünce takibe konu ipotegin limitli olduğu da gözetilmeden satış bedelinin ipotek alacaklısının alacağını karşılamaya yetmediği*

temin edilmiş ancak muaccel olmayan alacaklıların, kural olarak sıra cetvelinde gösterilmeyeceği belirtilmektedir.^[147] Bu tür ipotekler mükellefiyetler listesinde gösterilir ve taşınmaz bu ipoteklerle birlikte ihale edilir. İhalenin yapılması ile de taşınmazı alan kişinin sorumluluğuna geçerler.^[148] Buna karşılık, muaccel olan ipotek alacakları, taşınmazın satış bedelinden ödenecekleri için sıra cetvelinde gösterilir (İİK m. 125/3).^[149] Hatta tapu veya icra müdürünün ihmali nedeniyle mükellefiyetler listesinde gösterilmemiş olan (muaccel) ipotek alacaklıları da sıra cetvelinde gösterilir ve paylaştırmadan paylarını alırlar.^[150]

İcrada sıra cetvelini düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 140. maddesi, hangi alacakların sıra cetvelinde öncelikli gösterileceğini düzenlememiş, bu konuda İcra ve İflâs Kanunu'nun 206. maddesine atıf yapılmıştır. Bu maddeye göre ise "alacakları rehinli olan alacaklıların satış tutarı üzerinde rüçhan hakları vardır".^[151] Bu bağlamda ipotek hakkı, paraların paylaşılması

gerekeçe gösterilerek sıra cetveli düzenlenmemesine yönelik kararı usule ve açıklanan yasal düzenlemelere aykırıdır..." HGK. 03.06.2009 T. 12-187/223. naklen Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 363. Aynı yönde: Y. 19. HD. 28.5.2002 T. 152/4094 naklen Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 377; Y. 12. HD. E. 2012/14076, K. 2012/31637, 6.11.2012; Y. 12. HD. E. 2013/12921, K. 2013/19626, 28.05.2013. Kararlar için bkz. www.legalbank.net. Erişim tarihi: 14.12.2021.

[147] Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 51-52, 117-118. Aynı yönde; Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 442. Yargıtay kararlarında ise böyle bir ayırım yapılmadığı görülmektedir bkz. dn. 134.

[148] Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 51-52, 117-118.

[149] Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 52-53, 119. Yazar'a göre; "icra hukukumuzda paylaşılma hükümleri arasında pay cetveli olmadığı için, muaccel ipotek alacaklısının alacağı sıra cetvelinde bir paylaşılma işlemi olarak gösterilmesi zorunludur. Böylece haciz alacaklılarına ipotek alacaklısına yönelik itiraz ve şikâyetle bulunma olanağı verilecektir." Bkz. Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 118-119. Aynı yönde bkz. Melih Işık, "İcra Hukukunda Derece Namına Satış Talep Etme," *Türkiye Baroları Birliği Dergisi* 33, no. 152 (Ocak-Şubat, 2021): 161.

[150] Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 53, 103.

[151] "Davacı vekili, borçluya ait taşınmazın satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde müvekkiline ipotek limiti kadar pay ayrıldığını, ipotekli alacağın faizinin de rüçhanlı olması nedeniyle faiz alacağı içinde pay ayrılması gerektiğini ileri sürerek sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Mercî hakimliğince,

ması aşamasında, sahibine diğer alacaklar karşısında öncelik hakkı tanımaktadır. Bu sebeple ipotek ile kayıtlı bir taşınmaz, daha sonra haczedilse^[152] ve haciz alacaklısı tarafından sattırılsa^[153] dahi, sıra cetvelinde öncelikli olarak ipotekli alacaklı gösterilir ve satış bedelinden öncelikli olarak (muaccel) ipotekli alacak ödenir. Kalan kısım ise diğer alacaklılara verilir.^[154] Taşınmaz

“davacı lehine tesis edilene ipoteğin kesin borç ipoteği olması nedeniyle faizin de rüçhanlı bulunduğu” gerekçesiyle şikayetin kabulüne karar verilmiş, karar davalı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle davacı lehine tesis edilen ipoteğin anapara ipoteği olması nedeniyle, faiz alacağının da ipotek kapsamında rüçhanlı olduğunun kabulünde bir usulsüzlük bulunmamasına göre ... kararın ONANMASINA.” Y. 19. HD. 20.2.2003 T. 2002/7682; 1250 naklen Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 459. “...B.K. nun 496. maddesi (Yeni B.K. m.596) uyarınca alacaklıya ödeme yapan kefil onun haklarına halef olur ve alacakla birlikte onun fer’i olan rehin hakkını da kazanır. Rehin hakkını kazanan kefilin rehin konusu malın satışı halinde satış bedeli üzerinde rüçhan hakkı devam eder. Bunun için ayrıca takip yapması gerekmez, ödeme tarihinden itibaren işleyen faiziyle birlikte davalı A.’e pay ayrılmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Davacı alacaklının temyiz itirazları bu nedenle yerinde değildir. 19. HD. 02.04.1998 T. 1670/2470 naklen Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 407.

- [152] Taşınmazın haczinden sonra ipotek tesis edilmişse, bu ipoteğe dayanan alacak rüçhanlı bir alacak olarak kabul edilmemektedir. Bkz. E. 2 Karşılaşma Prensibi Açısından Durumu. Bu sebeple, hacizden sonra kurulan ipotekle temin edilen alacaklı karşılaşma prensibinde dikkate alınmayacağı gibi ihale bedelinden öncelikli olarak alacağını alamaz. Bkz. Meriç ve İyilikli, “Taşınmaz Teminatı,” 119-120.
- [153] Haciz alacaklıların satış talebinde bulunması ve özellikle hacze iştirak halinde derece namına satış talebinde bulunmanın şartları ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Işık, “Derece Namına Satış,” 148 vd. 154 vd. 162 vd.
- [154] Meriç ve İyilikli, “Taşınmaz Teminatı,” 118. Öte yandan Kanun’da (İİK m.206) imtiyazlı olarak kabul edilen alacaklar (işçi ve nafaka alacağı gibi), hacze iştirak şartları varsa (İİK m. 100), sıra cetvelinde rehin alacaklılardan sonra diğer alacaklılardan önce gösterilir. Bu anlamda satış tutarından önce rehinli alacaklar, sonra hacze iştirak şartları varsa imtiyazlı alacaklar ve son olarak da imtiyazsız alacaklar ödenir. Bkz. Kuru ve Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 252; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 330. “Kesin hacizlerin birbirlerine ne şekilde iştirak edeceği İcra ve İflâs Kanunu’nun 100’üncü maddesinde gösterilmiştir. Aynı yasanın 140/II nci maddesine göre de 206’ncı maddede gösterilen imtiyazlar, ancak hacze iştirak halinde uygulanır ve bu uygulamada İflâstan geriye doğru hesaplanması gereken süreler, haciz talebi tarihidir (İİK m. 140/III). 207 nci maddede ise aynı sıradaki

üzerinde birden çok ipotek söz konusu olduğu durumlarda ise bu alacaklılar arasındaki sıra Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddelerine göre belirlenir.

Öte yandan hemen belirtmek gerekir ki bir alacağın sıra cetvelinde gösterilmesi için o alacağa ilişkin haczin ayakta olması gerektiği gibi,^[155] kanaatimizce sıra cetvelinde gösterilecek ipotekli alacak bakımından da ipoteğin ayakta, yani geçerli olması gerekir. Maddi ve şekli olarak geçerli olmayan, hukuken hiçbir hüküm ifade etmeyen ipoteğin sıra cetvelinde öncelikli olarak gösterilmemesi gerekir. Nitekim süreli ipoteğin söz konusu olduğu durumlarda, ipotek süresinin dolması ile ipotek de maddi ve şekli^[156] olarak sona erdiğinden alacağın taşınmaz rehini ile temin edildiğinden bahsedilemez. Bu bağlamda ipotek süresinin dolması ile ipotekli alacak, adi bir alacağa dönüşür ve sahibine rüçhan hakkı sağlamaz.^[157] Bir başka deyişle sona ermiş, ancak tapu sicilinden terkin edilmemiş bu tescil, sahibine hukukun tanıdığı yetkileri bahşetmez. Ayrıca ipoteğin bu şekilde sona ermesi, asıl alacağın kendisiyle ilgili değildir. Asıl alacağın varlığı veya yokluğu, ipoteğin süre nedeniyle sona ermesini etkilemez. Bu çerçevede, ipoteğin sona erip ermediğine karar vermek için asıl alacağın varlığını tespit etmeye, bu

alacaklıların eşit haklara sahip oldukları açıklanmıştır...” 19. HD. 09.10.2008 T. 7101/9245 naklen Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 473. “...Haciz sıra cetveli düzenlemesinde işçilik alacaklılarının doğrudan imtiyaz hakkı yoktur. İştirak İİK'nın 100. maddeye göre belirlenir...” Y. 23. HD. 10.04.2017 T. 2016/6805; 1071 naklen Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 478. Ancak belirtmek gerekir ki; taşınmazın aynından kaynaklanan kamu alacakları var ise, bu alacaklar sıra cetvelinde rehinli alacaklardan hemen sonra, bu anlamda imtiyazlı alacaklılardan önce gösterilir. Bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 330; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 239; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 21/2. Taşınmazın aynından kaynaklanan vergilerin rehinli alacaklılardan da önce ödeneceği yönünde bkz. Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 471.

[155] Bu husus bir içtihadı birleştirme kararında şu şekilde belirtilmektedir; “...*Sıra cetveli, ayakta olan hacizlere göre düzenlenir.* Şu halde, icra müdürünün satış talebinin reddi kararı, süresinde yapmış olduğu satış talebi reddedilen alacaklının haczin düşmesi sonucu doğurmayacağından, ilgili alacaklının sıra cetveline dâhil edilmesi gerekecektir...” Y. İBK. E. 2016/4, K. 2018/1, 16.02.2018, (RG. S. 30463 T. 29.06.2018), kazancihukuk.com, Erişim tarihi: 06.03.2022.

[156] Bu konuda ayrıca bkz. III, B-C.

[157] Bu konuda ayrıca bkz. III, B-C.

anlamda tarafların dinlenilmesine yahut bir yargılama yapılmasına gerek yoktur. Asıl alacağın geçersiz veya sona ermiş olmasından farklı olarak, ipotek süresinin geçmiş olup olmadığı icra dairesi tarafından ipotek akit tablosu incelenerek anlaşılabilir niteliktedir. Bu bağlamda taşınmaz, diğer ipotek veya haciz alacaklılarının talebiyle satılmış ise, ipotek süresi dolmuş alacağın sıra cetvelinde öncelikli olarak gösterilmemesi gerekir.^[158] Ancak bu noktada ipotek süresinin geçip geçmediğinin hangi tarihe göre belirleneceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay'ın özellikle faiz tutarının belirlenmesine ilişkin yerleşik kararlarına göre; sıra cetveli düzenlenirken satış tarihindeki hukuki ve fiili durum dikkate alınmalıdır.^[159] Bu kararlar esas alındığında,

[158] Nitekim *Çoşkun*, Yargıtay'ın 19. ve 23. Hukuk Dairelerince de bu anlayışın benimsediğini belirterek, ilgili daire kararlarına göre; ipotek süresinin geçmesi ile ipoteğin de sona erdiğini, bu tür ipotek alacaklılarının sıra cetvelinde imtiyazlı alacaklı olarak gösterilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. *Çoşkun*, *Sıra Cetveli*, 456-457; 19. HD. 16.12.2009 T. 10760/11879 naklen *Çoşkun*, *Sıra Cetveli*, 457, dpn. 291. Buna karşılık Yargıtay, 7181 sayılı Kanun ile TMK'nın 883. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklikten önce görülen bir uyuşmazlıkta, ipotek süresi geçmiş olsa dahi ipotekli alacaklıya pay ayrılması yönündeki ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. “Şikayetçi vekili, borçluya ait taşınmazın satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde müvekkiline yer verilmediğini, oysa alacaklarının ikinci derecede 15.12.2010 vadeli anapara ipoteği ile teminat altına alındığını ileri sürerek, sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Şikayet olunan vekili, şikayetçinin alacağını teminat altına alan ipoteğin süresinin dolduğunu ve teminat fonksiyonunun ortadan kalktığını; kaldı ki uyuşmazlığın çözüm yerinin genel mahkemeler olduğunu savunarak, görevsizlik kararı verilmesini istemiştir. Mahkemece ipotekli taşınmazın satılması tarihinde ipotekli alacaklı takibe geçilmemiş olsa bile alacağı miktar kadar pay ayrılması ve ipotek hacizden önce tesis edilmiş ise ipotekli alacaklıya öncelikle ödeme yapılması gerektiği belirtilerek şikayetin kabulüne, sıra cetvelinin iptaline dair verilen karar şikayet olunan vekilinin temyiz itirazı üzerine Dairemizce onanmıştır. Bu kez, şikayet olunan vekili kararın düzeltilmesini istemiştir. Dosyadaki yazılara, İcra Mahkemesi kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerekçelere göre İİK'nın 366. maddesi ve HUMK'nın 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisine uymayan karar düzeltme isteminin reddi gerekmiştir.” Y. 23. HD. E. 2014/7753, K. 2015/14, 12.01.2015, kazancihukuk.com, Erişim tarihi: 14.10.2021.

[159] “..her sıra cetveli, bedeli paylaşma konu para, mal veya hak üzerinde haczi bulunan alacaklılar için hüküm ve sonuç doğurur. *Sıra cetveli düzenlenirken satış tarihindeki hukuki ve fiili durum dikkate alınır* (İİK m.138, 139, 140). Sıra cetveline yönelik dava veya şikâyetlerin sonuçlanmasına kadar (İİK m.142/a'daki istisna dışında) ödeme yapılmayacağından,

icra müdürü de ipotek süresinin geçip geçmediğini taşınmazın satış tarihine

alacaklıların takip konusu ettikleri alacaklara faiz işlemeye devam edecektir. Bu faizler satış tarihinden sonra doğduklarından, yapılan önceki sıra cetveline konu bedelden karşılanamaz; bunlar için alacaklının borçlunun başka bir malına haciz koydurması ve onun bedelinden alacağını tahsil etmesi gerekir. Zaten borçlunun başka bir para, mal veya hakkı üzerinde haciz varsa onun satışı cihetine gidilmelidir.” Y. HGK. E. 2017/706, K. 2018/1103, 16.05.2018. “Şikayetçi banka lehine tesis edilen ipotek ana para ipoteği olup, ana para ve faiz borcu da teminat altındadır. İİK.nun 138/2.maddesi uyarınca haciz, paraya çevirme ve paylaşırma gibi bütün alacakları ilgilendiren masraflar, önce satış tutarlarından alınır ve artan para takip masrafları ve işlemiş faizler dahil olduğu halde alacaklar nispetinde paylaşılır. *Maddede söz edilen işlemiş faizlerden maksat, mahcuzun satış tarihine kadar hesaplanacak faizler olup, satış tarihinden sonra işleyen faizler paylaştırmada dikkate alınmaz.* Bu durumda şikayetçi bankanın satış tarihindeki riski sorulup buna göre paylaşılması gerekirken; adı geçen bankaya 13.12.2010 tarihli yazıya göre 26.138,47 TL ödeme yapılmasına karar verilmesine ilişkin 07.04.2011 tarihli icra müdürlüğü işlemi doğru değildir.” Y. 12. HD. E. 2013/4761, K. 2013/10699, 21.03.2013. “Haciz yoluyla takiplerde sıra cetveli, alacağın İİK’nın 138. maddesi uyarınca satış tarihindeki ulaştığı miktar dikkate alınarak düzenlenir. Diğer bir anlatımla, haciz konulan bir malın satış tutarı, haciz tarihindeki alacak ile satış tarihine kadar hesaplanacak fer’ilerini ve takip masraflarını karşılar. Haciz tarihinden sonra oluşan yeni alacaklar, önceki hacizden yararlanamaz. Bu nedenle, alacaklılara pay ayrılırken, bedeli paylaşımına konu malın satıldığı tarihteki ana para, fer’iler ve takip masrafından oluşan toplam alacak miktarı, satış tarihi itibarıyla bilirkişiye hesaplatılmalı, satış tarihi itibarıyla kesin alacak miktarı belirlenerek sonucuna göre bu alacak miktarını paylaştırmada gözetilen bir sıra cetvelinin düzenlenmesi temin edilmelidir. Somut olayda, icra mahkemesi gerekçesinde, takip borçlusunun üçüncü kişideki alacağı haczedildiğinden satış işlemi yapılmadığı, dolayısıyla sıra cetvelinde alacağın haciz tarihi itibarıyla ulaştığı miktarın esas alınması gerektiği belirtilmiş ise de borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı, İİK’nın 106/2. maddesi gereğince menkul hükmünde olup paranın icra dosyasına geldiği 19.04.2014 tarihi satış tarihi olarak kabul edilmelidir.” Y. 23. HD. E. 2016/3711, K. 2019/923, 07.03.2019. Aynı yönde: Y. 15. HD. E. 2021/1260, K. 2021/258, 16.02.2021; Y. 23. HD. E. 2019/843, K. 2019/1191, 21.03.2019; Y. 23. HD. E. 2015/6664, K. 2016/3932, 27.06.2016; Y. 23. HD. E. 2014/4464, K. 2015/3589, 12.05.2015. Kararlar için bkz. kazancihukuk.com. Erişim tarihi: 06.03.2022. Yargıtay’ın bazı kararlarına göre; sıra cetveli düzenlenirken esas alınacak satış tarihi olarak ihale tarihi değil, ihalenin kesinleşme tarihi dikkate alınmalıdır. “Şikayet, sıra cetvelinde ayrılan paya itiraza ilişkindir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, ihalenin feshi dava edilen taşınmaz bedelinin paylaşılmasında, satış tarihinin, ihale tarihi mi, yoksa ihalenin feshi talebinin reddinin kesinleşme tarihi mi olduğu noktasındadır. İİK’nın 138/1. maddesindeki “... Mahcuz mallar tamamıyla satıldıktan bedelleri alacaklılara hisselerine göre paylaşılır.” hükmü uyarınca, sıra cetvelindeki

göre değerlendirmek ve buna göre sıra cetveli düzenlemek durumundadır.

Öte yandan sıra cetvelinin şekillenmesinde önemli bir yere sahip olan hacze iştirak kurumunun süre bakımından sınırına ilişkin tartışmalar da konumuzun değerlendirilmesi açısından fayda sağlayabilecektir. Her ne kadar hacze iştirak, İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesi tarafından satılan malın tutarının icra veznesine girme anı ile sınırlandırılmış olsa da, doktrinde^[160] bu düzenleme ihale bedelinin ödenmesinin değişkenlik gösterebileceği gerekçesiyle eleştirilmiş ve hacze iştirakin, 6183 sayılı Kanun'un 21. maddesine benzer şekilde, hacizli malın paraya çevrilmesi anına kadar mümkün olması gerektiği savunulmuştur.^[161] Bu görüş benimsendiği takdirde ipotek

alacaklar satış tarihi itibarıyla belirlenir.... Somut olayda, bedeli paylaşma konu taşınmazın, 30.4.2010 tarihinde yapılan ihalesinin feshi istemiyle Harran İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2010/11 Esas sayılı dosyasıyla açılan davada ihalenin feshi davasının reddine karar verildiği, kararın kesinleştiği anlaşılmıştır (İ.İ.K.nun 134, 135). Bu itibarla mahkemece, ihalenin kesinleşme tarihine göre sıra cetveline dahil alacakları hesaplayan sıra cetvelinin doğru olması sebebiyle şikayetin reddi gerekirken, ihalenin feshi davasının açılmadığı durumda geçerli olan yazılı gerekçeye dayalı karar verilmesi doğru olmamıştır” Y. 23. HD. E. 2013/133, K. 2013/736, 11.02.2013, kazancihukuk.com, Erişim tarihi: 06.03.2022.

[160] Ejder Yılmaz, “Hacze Takipli Katılma (Hacze Adi İştirak),” *AÜHFĐ* 30, no. 1-4 (1973): 287 vd., 307. Ayrıca Yazar'a göre İcra ve İflâs Kanunu ile 6183 sayılı Kanun'un birbirinden değişik hükümler içermesi, anlamsız farklılaşmalara neden olmaktadır. Bkz. Yılmaz, “Hacze Takipli Katılma,” 307. İcra ve İflâs Kanunu'nu uyarınca hacze iştirak süresinin ihale alıcısının satış tutarını ödediği tarihe göre değişmesinin sakıncalı olduğu yönünde ayrıca bkz. Nevhis Deren Yıldırım, “Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Hacze (Adi) İştirak,” (Yüksek Lisans tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989), 30. Yazar, 6183 sayılı Kanun'un süreye ilişkin 21. madde hükmünü, İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesinde düzenlenen hükme göre, daha yerinde bir düzenleme olarak nitelendirmektedir. Bkz. Deren Yıldırım, “Hacze (Adi) İştirak,” 47. 6183 sayılı Kanun'a göre kamu alacaklıların hacze iştiraki haczedilen mallar paraya çevrilmeden evvel mümkündür. Bu anlamda Yazar'a göre satışın yapılmış olması, para vezneye girmemiş olsa bile paraya çevirme sayılacağından, ihale bedeli ödenmemiş yahut ödenmesine rağmen alacaklılara verilmemiş olsa dahi kamu alacaklılarının hacze iştiraki mümkün değildir. Bkz. Deren Yıldırım, “Hacze (Adi) İştirak,” 47

[161] Ayrıca bu görüşe göre; ihale daha sonra feshedilse ve yeni ihale yapılırsa dahi, *mevcut düzenleme çerçevesinde*, hacze iştirak açısından ikinci değil, ilk ihale kapsamında paranın icra veznesine girme tarihi esas alınmalıdır. Zira aksi durum, ilk haczi yapan ve hacze katılanların aleyhine olacağı gibi, hacze iştirak sürecinin oldukça uzamasına

süresinin dolup dolmadığının tespiti açısından da taşınmazın paraya çevirme anı yani taşınmazın satış tarihinin esas alınabileceği söylenebilir. Zira sıra cetvelinin oluşumunu etkileyen hacze iştirake ilişkin tarih yine bu cetvelin düzenlenmesinde önemli bir yere sahip olacak ipotek süresi bakımından da dikkate alınabilecek niteliktedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, süresi geçmiş ipotekli alacak, icra müdürü tarafından sıra cetvelinde öncelikli olarak gösterilirse, ilgililer bu sıra cetveline itiraz etme imkânına sahip olmalıdır. Sıra cetveline iki şekilde karşı konulabilir. İlgililer sıra cetveline karşı genel mahkemelerde itiraz davası açabilir yahut icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurabilir.^[162] Yargıtay'a göre; diğer bir alacaklının alacağına varlığına veya miktarına ilişkin itirazlar dava yoluyla genel mahkemelerde, yalnız sıraya dair itirazlar^[163] ise şikâyet yolu ile icra mahkemesinde ileri sürülmelidir. Ancak itiraz, hem sıraya hem de

neden olabilir. Nitekim ikinci ihale de feshedilip üçüncü ihale yapılabilir ve hacze katılma süresi uzayıp gidebilir. Bkz. Yılmaz, "Hacze Takipli Katılma," 291-292. Aksi görüşteki *Deren Yıldırım*'a göre ise ihalenin feshi kararı inşai nitelikte bir karar olduğundan, kararın kesinleşmesi ile birlikte ortaya çıkan durum geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır. Bunun yanında ihalenin feshi halinde alacaklıya ödeme yapılmışsa, bu da geri alınabilmektedir. Bu sebeplerle, süreyi kısa tutmak adına iştirak süresini ilk ihale sonucu ödenen bedelin icra veznesine girme anı ile sınırlandırmak mümkün değildir. *Deren Yıldırım*, "Hacze (Adi) İştirak," 32. *Deynekli ve Kısa*'ya göre de ihalenin feshedilmesi halinde satışa konu olan mal, borçlunun mülkiyetine ve hacizli mal statüsüne geri döner. Bu bağlamda, fesih kararın kesinleşmesi ile malın paraya çevrilmiş olmasından yahut satış tutarının icra veznesine girdiğinden bahsedilemeyeceğinden hacze iştirak edilmesi mümkündür. Bkz. Adnan Deynekli ve Sedat Kısa, *Hacizde ve İflâsta Sıra Cetveli*, 3. Bası (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), 20.

[162] Doktrinde, mükellefiyetler listesine itiraz etme hakkı tanınmasına rağmen bu listeye itiraz etmeyenlerin sıra cetveline itiraz edemeyecekleri belirtilmektedir. Bkz. dpn. 83; Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 195-196, Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 303. Buna karşılık, bir şekilde kendisine mükellefiyetler listesine itiraz hakkı tanınmamış ilgililer ise sıra cetveline itiraz edebilir. Bkz. Meriç, *Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 195-196.

[163] Aynı yönde: Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet*, 2. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 495. Doktrinde ileri sürülen başka bir görüşe göre ise alacaklı kendi sırasına karşı çıkıyorsa şikâyet yoluna başvurulmalıdır. Ancak bir alacaklının kendi sırasına değil de bir başka alacaklının sırasına karşı çıkması halinde sıra cetveline itiraz davası açılmalıdır. Kuru ve Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 253;

alacağın varlığına veya miktarına yönelikse, sıra cetveline karşı genel mahkemelerde dava açılmalıdır.^[164] Bu durumda önce sıraya yönelik uyuşmazlık çözülmeli, bu itirazın yerinde görülmemesi hâlinde ise alacağın varlığına veya miktarına yönelik itirazın incelenmesine geçilmelidir.^[165]

Bu açıdan ipotekle temin edilmiş asıl alacağın varlığına veya miktarına yönelik itiraz, genel mahkemelerde sıra cetveline itiraz davası yoluyla ileri sürülmelidir.^[166] Buna karşılık sıra cetvelinde rehinli olarak kabul edilen bir alacağın, rehin kapsamında bulunmadığına dair itiraz^[167] yahut üst sınır

Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 241; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 334;

[164] *Meriç*'e göre ise itiraz ve şikâyet nedenleri bir arada genel mahkemede ileri sürülmüşse, şikâyet nedenleri ayrılarak bunlar hakkında usulden ret kararı verilmeli ve kalan itiraz nedenleri hakkında karar verilebilmesi için icra mahkemesinin şikâyet nedenleri hakkında sonuca varması beklenmelidir. (bekletici mesele yapılmalıdır). Bkz. *Meriç, Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 181-182.

[165] “İİK'nın 142/3 maddesi uyarınca sıra cetveline yapılan itiraz alacağın esas veya miktarına ilişkin ise genel mahkemede, yalnız sıraya dair ise şikâyet yolu ile icra mahkemesinde ileri sürülmeli, sıra cetveline itiraz sıra ile birlikte alacağın esas veya miktarına da yönelikse bu durumda İİK'nın 142/1 maddesi uyarınca, sıra cetveline karşı genel mahkemelerde dava açılmalıdır. Mahkeme nezdinde hem sıraya ve hem de alacağın esas ve miktarına yönelik itirazların birlikte ileri sürülmesi halinde kural olarak, önce sıraya yönelik uyuşmazlığın çözülmesi, bu itirazın yerinde olmadığına anlaşılması halinde ise alacağının varlığının ve miktarının incelenmesi gerekmektedir” Y. 15. HD. E. 2021/443, K. 2021/1818, 20.04.2021, kazancihukuk.com, Erişim tarihi: 28.09.2021.

[166] *Meriç* ve İyilikli, “Taşınmaz Teminatı,” 79-80.

[167] Adnan Deynekli, “Sıra Cetveli ile İlgili Sorunlar,” *Bankacılar Dergisi*, no. 67 (Aralık, 2008): 37 (Y. 19. HD. 17/5/1994, 3486/5110 naklen). “Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davalı bankanın ipoteğinin üst sınır ipoteği olduğu, davalı alacaklının bedeli paylaşımına konu taşınmazın satışının yapıldığı dosya dışında alacakları olduğu gerekçesiyle icra takipleri yaptığı, davalı alacaklının kredi kartı ve ticari kredilerden kaynaklı alacaklarını limit dahilinde talep etmesinde yasaya aykırı bir durumun olmadığı gerekçesiyle, şikâyetin reddine karar vermiştir. Kararı, şikâyetçi vekili temyiz etmiştir. *Bedeli paylaşımına konu taşınmaz üzerinde aleyhine şikâyet olunan banka tarafından konut finansmanı kredisinden kaynaklı ipotek tesis edilmiştir. Tüketici kredisi mahiyetinde olan konut finansmanı kredisi teminatı olarak kurulan ipotek aktinde “konut finansman kredileri, tüketici kredileri ve her*

ipoteğinin söz konusu olduğu durumlarda, ipotek alacaklısına limiti aşan şekilde pay ayrıldığına yönelik itiraz, şikâyet yoluyla icra mahkemesinde ileri sürülmelidir.^[168] Bunun gibi rehin hakkı, rehinli alacaklının sırasını belirleyeceğinden, esasen sadece rehin hakkının varlığına (alacağın varlığına ve miktarına itiraz edilmeksizin) karşı çıkıldığı bütün durumlarda icra mahkemesine karşı şikâyet yoluna başvurulmalıdır.^[169] Bu sebeple ipotegin,

*türlü krediler nedeniyle doğmuş veya doğacak tüm kredi borçlarının teminatı olduğu” yönündeki kayıt tüketiciyi aldatıcı mahiyette bulunduğundan borçlu açısından yazılmamış sayılması gereken bir kayıttır .Bu durumda bedeli paylaşma konu taşınmaz üzerine konulan ipotek bedeli dışında borçlunun bankadan kullandığı diğer kredilerin ve kredi kartından kaynaklı borçların ipotek kapsamında sayılması ve bu şekilde şikâyetin reddine karar verilmesi doğru olmamıştır...” Y. 23. HD. E. 2016/7779, K. 2020/ 1252, 24.02.2020, kazancihukuk.com, Erişim tarihi: 14.10.2021. “...Somut olayda, davacı yanın itirazı davalı alacağının hiç ya da gösterilen miktarda bulunmadığına yönelik olmayıp, borçlunun rehin dışındaki başka borçlarının da rehin kapsamında bildirildiğine yöneliktir. Bu itiraz, takip hukuk kuralları çerçevesinde icra müdürlüğünce yapılması gereken hesaplama, diğer anlatımla alacağın sırasına ilişkin olduğundan, İİK'nın 142/son maddesi gereğince İcra Mahkemelerinin görevli olduğu göz önünde bulundurularak 6100 sayılı HMK'nın 114/c ve 115/2 maddeleri uyarınca dava şartı noksanlığı sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla uyumsuzluğun esası incelenerek yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.” 23. HD. 18.09.2013 T. 3977/5503 naklen Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 557.*

[168] “...İpoteğin bir üst limit ipoteği olup olmadığını belirlemek İcra Mahkemesi'nin görevine girmektedir. Diğer anlatımla davacının, davalı alacaklıya ipotek limitinden fazla pay ayrıldığı iddiasına dayalı bu itirazı üzerine, mahkemeye limit fazlasının ipotek kapsamında olup olmadığının incelenmesi gerekeceğinden bu itiraz, alacağın doğumuna ve miktarına değil, sıraya yönelik olup, icra mahkemesi görevlidir.” 23. HD. 14.04.2015 T. 2014/9890; 2563 naklen Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 554. “Davacı yanın istemi, davalının limiti aşan alacak kısmının ipoteğin sağladığı öncelikten yararlanamayacağı noktasında toplanmaktadır. Davalının alacağının varlığına veya miktarına yönelik bir uyumsuzluk bulunmayıp, ipoteğin limit ipoteği olup olmadığı ve eğer limit ipoteği ise limit fazlasının bu kapsamda üst sıraya alınamayacağının tespiti icra mahkemesi'nin görevi kapsamındadır (İİK m. 142/son). Y. 19 HD. 2005/6469 E. 2005/11557 K. 24.11.2005 T. (e-uyar.com). E.T: 11.03.2016) naklen Meriç ve İyilikli, “Taşınmaz Teminatı,” 245, dpn. 898.

[169] Muşul, *Şikâyet*, 495. “Dosya kapsamına göre, dava, sıra cetveline şikâyet istemine ilişkindir. Esas ve miktar ile ilgili herhangi bir itiraz söz konusu değildir. Alacağın ipotek kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesi hususu icra müdürlüğünün

ipoteke süresinin geçmesi nedeniyle sona erdiği iddia edildiği durumlarda, ipoteğin temin ettiği asıl alacağın kendisine yahut miktarına değil, ipotek hakkına ve dolayısıyla süresi geçmiş ipoteğin sırada önce gösterilmesine muhalefet edildiği için şikâyet yoluna başvurmak gerekir.

Bu noktada, ipotek süresi dolmuş ipotekli alacaklı bir şekilde sıra cetvelinde gösterilmiş ise, bu alacaklının kendisinden önce gelen alacaklıların sırasına muhalefet edip edemeyeceği sorusu da karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay'ın iflâsta sıra cetveline ilişkin bir kararına göre; sıra cetveline karşı çıkmak isteyen alacaklının, sıra cetvelinin iptalinden sonra yeni düzenlenecek sıra cetvelinde tekrar yer bulabilmesi gerekir. Bu bağlamda, geçerli bir rehin hakkı bulunmayan kimsenin sıra cetveline muhalefet etmekte hukuki yararı yoktur. İpotek süresinin geçmesi ile ipoteğin teminat fonksiyonu da sona erdiğinden, bu tür ipotekli alacaklının böyle bir imkânı bulunmamaktadır.^[170] Bu karar dikkate alındığında, icra hukuku açısından da ipotek süresi

görevine dahil olup, bu kapsamda görevli mahkemenin İcra Mahkemeleri olduğu düşünülmeden yazılı gerekçelerle görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamış, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir” 23. HD. 14.04.2016 T. 2825/2375 naklen Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 549. “...Şikâyet sıra cetvelinde üst sırada bulunan rehin sözleşmesinin geçersizliğine dayalıdır. İcra Mahkemesince istemin alacağın esas ve miktarına ilişkin olduğu gerekçesiyle ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 142'nci maddesinden bahisle görevsizlik kararı verilmiş; hüküm şikâyetçi vekili tarafından temyiz edilmiştir. *Şikâyetçinin iddiası üst sırada yer alan rehinin geçersiz olduğu, diğer bir ifade ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 206'ncı maddesinin birinci fıkrasında gösterilen öncelikten yararlanamayacağı noktasında olup, bu itirazın sıraya ilişkin bulunduğu tartışmasızdır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 142/son maddesi uyarınca uyumsuzluğun İcra Mahkemesince incelenmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.*” Y. 19. HD. 03.04.2008 T. 2179/3374 naklen Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 559. Yargıtay araç üzerindeki rehinin geçersizliğinin iddia edildiği bir uyumsuzlukta ise şu şekilde bir karar vermiştir. “Rehlin geçersizliğine ilişkin itiraz alacağın esas ve miktarına yönelik olmayıp, rehlin rüçhanîyetine istinaden üst sıraya alınma işlemine yönelik bulunduğundan inceleme görevi İcra Mahkemesi'nindir...” 19. HD. 13.10.2010 T. 7152/11211 naklen Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 558.

[170] “... sıra cetveline itiraz eden alacaklının, sıra cetvelinin iptalinden sonra düzenlenecek yeni sıra cetvelinde yer alabilmesi gerekir. Bu itibarla geçerli bir haciz ya da rehin hakkı bulunmayan kimsenin sıra cetveline itirazda hukuki yararı yoktur. Somut olayda davacı lehine 26.03.1999 tarihinde tesis edilen ipoteğin teminat teşkil ettiği süre dört yılla sınırlandırılmış olup, takip tarihi itibarıyla bu süre geçmiş; bir diğer ifade ile davacı lehine tesis edilen ipotek de teminat fonksiyonunu yitirmiştir. Bu

geçmiş ipotekli alacaklının diğer alacaklıların sırasına karşı şikâyet yoluna başvuramayacağı söylenebilir. Zira ipotek süresinin geçmesi ile rehinli alacak, adi bir alacağa dönüşecek ve daha önce bu alacaklı için takip yapılmamış olduğundan, kural olarak şikâyet üzerine hazırlanacak yeni sıra cetvelinde kendisine yer bulması mümkün olmayacaktır.

durumda mahkemece davanın reddine karar verilmek gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisinde isabet görülmemiştir.” 19. HD. 22.09.2010 T. 6497/10143 naklen Çoşkun, *Sıra Cetveli*, 458. İcra hukuku açısından benzer diğer bir karar ise şöyledir: “... İİK'nın 142. maddesinde, cetvel suretinin tebliğinden yedi gün içinde her alacaklının takibin icra edildiği mahal mahkemesinde alakadarlar aleyhine dava etmek suretiyle cetvel münderecatına itiraz edebileceği düzenlenmiş olup, *bu madde hükmü ile sıra cetveline itiraz hakkı takip alacaklılara tanınmış ise de her alacaklı bu hakkı haiz değildir. YHGK'nın 05.03.2008 tarih ve 19-161 E., 213 K. sayılı ilamında da açıklandığı üzere, sıra cetveline itiraz eden alacaklının icra takibinin ve buna bağlı olarak geçerli bir haciz işleminin bulunması gerekir. Sıra cetveline yönelik itirazda bulunma yetkisi, bu itiraz üzerine düzenlenecek yeni sıra cetveline girme hakkı bulunan alacaklılara tanınmıştır. Bir diğer ifade ile bedeli paylaşma konu mal üzerinde haczi ya da rehni bulunmayan alacaklının, sıra cetvelinin iptalini istemekte de hukuki yararı yoktur.* Sıra cetveli bedeli paylaşma konu mal üzerinde, satış tarihi itibarıyla haczi bulunan alacaklılar dikkate alınarak düzenlenir. Aksi halde satış bedelinden pay ayırlamayacağından, adı geçenlerin sıra cetvelinin iptalini istemekte hukuki yararı bulunmamaktadır. HMK'nın 115/2. maddesi uyarınca, mahkeme dava şartı noksanlığını tespit ederse şikâyetin usulden reddine karar verir. Bu durumda mahkemece, şikâyetçinin, satış anı itibarıyla haczinin bulunmadığı, HMK'nın 114/1-h maddesi uyarınca hukuki yarara ilişkin dava şartı noksanlığı bulunduğu gerekçesiyle, şikâyetin anılan 115/2. madde hükmü uyarınca usulden reddine karar verilmesi gerekirken, esastan reddine karar verilmesi doğru olmamış ise de, karar sonucu itibarıyla doğru olduğundan HUMK'nın 438/son maddesi uyarınca gerekçesi kısmen değiştirilerek ve hüküm fıkrasında yapılan yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, HUMK'nın 438/7. maddesi uyarınca aşağıda yazılı olduğu şekilde düzeltilerek onanması gerekmektedir” Y. 23. HD. E. 2015/7566, K. 2015/8516, 28.12.2015, kazancihukuk.com, Erişim tarihi: 06.03.2022.

SONUÇ

İpotek sözleşmesinin tarafları karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile ipoteğin süreli olarak kurulmasını kararlaştırabilir. Böyle bir durumda, ipotek süresinin de tapu sicilinde gösterilmesi gerekir. İpoteğin süreli olarak kurulduğu durumlarda, ipotek süresinin geçmesi ile ipotek de kendiliğinden sona ermektedir. Bu durumda, ipoteğin özellikle asıl alacağın geçersiz yahut sona ermiş olmasına bağlı olarak son bulmasından farklı olarak, tapuda bulunan tescilin maddi değerinin yanında şekli değeri de kaybolmaktadır.

İpotek süresi, taşınmazın teminat fonksiyonunun zaman sınırını göstermektedir. Bir başka ifadeyle, taşınmazın hangi zamana kadar alacağı temin ettiği taraflarca kararlaştırılan ipotek süresi ile belirlenmektedir. Bu sebeple ipotek süresinin dolması ile ipotek veren kişi, sahip olduğu taşınmaz ile asıl alacağı temin yükümlülüğünden diğer bir ifadeyle ipotek borcundan kurtulmuş olur. Dolayısıyla bu sürenin dolması ile ipotek alacaklısı, ipotek hakkının sağladığı yetki ve imtiyazlardan yararlanarak, Kanun'da özel olarak düzenlenmiş takip yolları ile ipotek borçlusuna başvurma ve alacağını öncelikli alma imkânını kaybeder. Bu açıdan, kefalet sözleşmesindeki süre gibi ipotek süresini de sözleşmeye dayanan bir hak düşürücü süre olarak nitelendirmek mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki; sürenin geçmesi ipoteği sona erdirse de asıl alacağı sona erdirmez. Zira ipotek ile asıl alacak arasındaki ilişki tek taraflıdır. İpoteğin varlığı asıl alacağa bağlı olmakla beraber asıl alacağın varlığı ipoteğe bağlı değildir. Bu nedenle, süre nedeniyle ipoteğin sona ermesi ile birlikte alacak kendiliğinden sona ermez. Sadece rehinle temin edilmeyen adi bir alacağa dönüşür. Bu bağlamda, ipotek süresi geçtiği takdirde alacaklı genel hükümlere göre asıl borçludan alacağın ödenmesini isteyebilecekken, ipotekli taşınmazın maliki üçüncü kişi ise ve bu kimse borca şahsen kefil olmamışsa, bu kişiye karşı başvuru hakkını kaybeder.

Bu çerçevede, ipotekli alacaklının ipotek süresi içinde ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapması gerekir. Aksi takdirde, taşınmaz malikinin, Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen şartlar kapsamında ipoteği, alacaklının iradesine yahut dava açmaya gerek olmaksızın doğrudan terkin ettirebilmesi mümkündür. Belirtmek gerekir ki Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesinin 2. fıkrası, ipoteğin tapudan terkin edilebilmesi için ipotek süresinin dolmasının yanı sıra bu tarihten itibaren başlayacak otuz günlük süre içerisinde İcra ve İflâs Kanunu'nun

150/c maddesinde düzenlenen şerhin konulmamasını olumsuz bir şart olarak öngörmüştür. Kanaatimizce, Kanun'da düzenlenen otuz günlük bu süre, ipotek süresi içinde başlamış takiplerin, tapuya şerh verilmesi için gerekli olan hazırlık ve tebligat işlemlerinin yürütülmesi için öngörülmüştür. Bu açıdan ipoteğin sağladığı güvenceyi uzatma niteliğine sahip değildir. Nitekim tarafların iradesi dışına çıkılarak, ipotek sözleşmesinde öngörülmüş güvence süresinin kanun ile uzatılmasında herhangi bir fayda bulunmamaktadır. Bu bağlamda, ipotek süresi dolmuş ise otuz günlük süre dolmamış olsa dahi alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilemesi mümkün değildir. Bunun gibi, ipotek süresinin dolması ile tescil maddi ve şekli değerini kaybettiğinden ipotek süresi ve otuz günlük süre dolmasına rağmen taşınmaz maliki ipoteğin terkinini talep etmemiş olsa dahi alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapması mümkün değildir.

Bu durumun aksine, ipotek süresinin dolması nedeniyle maddi ve şekli değerini kaybeden tescile dayanarak ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmak istendiğinde, bu talebin icra müdürü tarafından reddedilmesi gerekir. Bunun tersine bir işlem yapıldığı takdirde ise şikâyet yoluna başvurulmalıdır. Nitekim gerek doktrinde gerekse de Yargıtay kararlarında; İcra ve İflâs Kanunu'nun çeşitli hükümlerinin icra dairesine ipoteğin varlığını yahut yokluğunu hatta bazı durumlarda kapsamını inceleme yükümlülüğü getirdiği kabul edilmektedir. Bu yükümlülüğün ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipteki görünüm biçiminin sonucu olarak, icra müdürünün alacaklının takip talebine eklediği ipotek akit tablosuna bakarak alacağın ipotek ile temin edilip edilmediğini incelemesi gerekir. İpoteğin süreli olarak kurulduğu durumlarda ise icra dairesi doğrudan ipotek akit tablosuna bakarak ipotek süresinin geçip geçmediğini, bu anlamda da ipoteğin hâlihazırda geçerli olup olmadığını (mevcudiyeti) anlayabilir ve süresi dolmuş ipotek ile takip yapılmak istendiğinde bu talebi reddedebilir. Ancak bu konuda yaşanabilecek tereddütleri gidermek ve Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesinin 2. fıkrası ile uyum sağlamak amacıyla, icra dairesine ipotek süresini inceleme yükümlülüğü getiren açık bir düzenlemenin İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılması yerinde olacaktır.

Öte yandan ipotek hakkının, ipotek süresi nedeniyle sona erdiği, bu anlamda tescilin maddi ve şekli bir değerinin bulunmadığı tapu sicilinden anlaşılabilirliğinden icra müdürü, gerek diğer alacaklıların korunması gerekse de mükellefiyetlerin kıymet takdirinde dikkate alınacak olması nedeniyle,

ihalenin daha sağlıklı gerçekleştirilebilmesi için süresi geçmiş bir ipoteği mükellefiyetler listesinde de göstermemelidir. Aksi takdirde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 128. maddesine uygun olarak mükellefiyetler listesine karşı konulabilir.

Bunun gibi ipotek süresinin dolması ile ipotek hakkı da sona erdiğinden, ipotek hakkının sağladığı rüçhan hakkının da sürenin dolmasıyla birlikte sona erdiği kabul edilmelidir. Bu çerçevede ipotek süresi dolmuş alacakların, satış isteyen haciz veya ipotek alacaklısının alacağına karşı bir öncelikleri bulunmadığından, ihale bedelinin rüçhanlı alacakları karşılama zorunluluğu bakımından dikkate alınmaları gerekmez. Bu durumun aksine, ipotek süresi dolmuş alacağın rüçhan hesabında dikkate alınması halinde şikâyet yoluna başvurulabilir. Aynı şekilde ipotek süresinin dolması ile ipotekli alacak adı bir alacağa dönüşeceğinden tapudaki tescil sahibine sıra cetvelinin düzenlemesi aşamasında da rüçhan hakkı sağlamaz. Bu bağlamda taşınmaz, diğer ipotek veya haciz alacaklılarının talebiyle satılmış ise, ipotek süresi dolmuş alacağın sıra cetvelinde öncelikli olarak gösterilmemesi gerekir. Aksi durumda, borçlu yahut diğer alacaklılar sıra cetveline karşı icra mahkemesi nezdinde karşı çıkabilir. Zira ipoteğin, ipotek süresinin geçmesi nedeniyle sona erdiği iddia edildiği durumlarda, ipoteğin temin ettiği asıl alacağın kendisine yahut miktarına değil, ipotek hakkına ve dolayısıyla süresi geçmiş ipoteğin sırada önce gösterilmesine muhalefet edildiği için şikâyet yoluna başvurmak gerekir.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk. *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*. Tıpkı 2. Basım. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Akçaal, Mehmet. “İpoteğin Kaldırılması Davası.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2019): 563-578.
- Akipek, Jale G. *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Üçüncü Kitap Mahdut Ayni Haklar*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1974.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2018.
- Akkaya, Tolga. “İcra Hukuku Bağlamında Süreli İpotek.” *TAAD* 4, no. 12 (Ocak, 2013): 161-184.
- Aşık, İbrahim. *İcra Sözleşmeleri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *İcra ve İflâs Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar*. 9. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. *Eşya Hukuku*. 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Budak, Ali Cem. *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Cansel, Erol. *Tapu Siciline İtimat Prensibi*. Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1964.
- Çoşkun, Mahmut. *Hacizde ve İflâsta Sıra Cetveli*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Deren Yıldırım, Nevhis. “Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Hacze (Adi) İştirak.” Yüksek Lisans tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989.
- Deynekli, Adnan. “Sıra Cetveli ile İlgili Sorunlar.” *Bankacılar Dergisi*, no. 67 (Aralık, 2008): 28-69.
- Deynekli, Adnan ve Sedat Kısa. *Hacizde ve İflâsta Sıra Cetveli*. 3. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.

- Dönmez, R. Murat. “Mükellefiyetler Listesi (İİK m. 128/1).” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 19, no. 64 (Mayıs-Haziran, 2006): 368-382.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 8. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Erman, Hasan. *Eşya Hukuku Dersleri*. 9. Basım. İstanbul: Der Yayınları, 2020.
- Eroğlu, Orhan. “İpoteğin Paraya Çevrilmesine İlişkin Takipte İcra Müdürünün Yapması Gereken İşlemler ve Alması Gereken Tedbirler.” *YÜHFD* 18, no. 2 (2021): 891-930.
- Ertaş, Şeref. *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku*. 6. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. *Eşya Hukuku*, 8. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Gülekli, Yeşim. *İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı (Türk Medeni Kanunu 766-790 Maddelerine İlişkin İctihatlar İle)*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1992.
- Helvacı, İlhan. *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanuna göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2008.
- Işık, Melih. *İcra Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi ve Bu Nitelikteki Haciz Tutanakları (İİK m. 143,105)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Işık, Melih. “İcra Hukukunda Derece Namına Satış Talep Etme.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 33, no. 152 (Ocak-Şubat, 2021): 145-185.
- Köprülü, Bülent ve Selim Kaneti. *Sınırlı Ayni Haklar*. Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982-1983.
- Kuru, Baki ve Burak Aydın. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. 5. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Meriç, Nedim. *Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.

- Meriç, Nedim ve Ahmet Cahit İyilikli. “Taşınmaz Teminatının Üçüncü Kişi Alacaklıının Alacağını Perdeleyip Takibi Semeresiz Bırakması Üzerine Bir İnceleme.” *TAAD* 9, no. 33 (Ocak, 2018): 39-93.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukukunda; Şikâyet*. 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Nar, Ahmet. *Yabancı Para İpoteği*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Nomer, Haluk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku*. 8. Bası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. 22. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Özçelik, Ş. Barış. “İpoteğin Alacağa Bağlılığı.” *BATİDER* 33, no. 4 (2017): 157-188.
- Özen, Burak. “Kefalet Sözleşmesi” içinde *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt 6,7,8 (Madde 393-649)*. Ed.: M. Turgut Öz vd. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Pekcanıtez, Hakan ve Cemil Simil. *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*. 2. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. 7. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Postacıoğlu, İlhan E. “İpotekle Yüklü Bir Gayrimenkulü Haczedene Alacaklı İpoteğin Hükümden Düşüğünü Ne Yolda Ortaya Koyabilir?.” *İzmir Barosu Dergisi* 4, no. 1 (1985): 30-34.
- Serozan, Rona. “Taşınmaz Rehni.” *İÜHFİM* 64, no. 2 (2006): 301-324.
- Şahin, Gizem Özkan. “Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no. 2 (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019): 1288-1336.
- Sirmen, A. Lale. *Eşya Hukuku*. 8. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Tunç Yücel, Müjgan. *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Uyar, Talih, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar. *(İcra Hukukunda) İstihkak Davaları*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2018.

Yaşar, Şaziye Emel Arpacı. “Kefalet Sözleşmesinin Sona Erme Halleri.” Yüksek Lisans tezi, Altınbaş Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020.

Yılmaz, Ejder. “Hacze Takipli Katılma (Hacze Adi İştirak).” *AÜHFD* 30, no. 1-4 (1973): 271-316.

Zevkliler, Aydın ve K. Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 20. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi

Aslı BAYATA CANYAŞ*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. (bayata@bilkent.edu.tr)
ORCID ID: [0000-0001-8304-6095](https://orcid.org/0000-0001-8304-6095)

Makale geliş tarihi: 29 Mayıs 2022 **Makale kabul tarihi:** 22 Haziran 2022

Atıf önerisi: Bayata Canyaş, Aslı. “Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 3 (Temmuz 2022): 395-422. **DOI:** [10.30915/abd.1122925](https://doi.org/10.30915/abd.1122925).

MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU UYARINCA TAHKİM YARGILAMASININ SONA ERMESİ

ÖZ

Tarafların gizlilik, uzmanlık, hızlılık, objektiflik gibi gerekçelerle başvurmuş olduğu tahkim yargılaması değişik nedenlerle son bulabilir. Bu nedenlerden ilk akla geleni, taraflar arasındaki uyuşmazlığı esastan çözen bir hakem kararının verilmesidir. Bu şekildeki bir hakem kararının, tarafların temel iddia ve savunmalarını değerlendirir nitelikte, tutarsızlıklar içermeyen, tahkim anlaşmasının sınırlarını aşmayan ve gerekçeli şekilde olması mahkeme tarafından iptali olasılığını azaltacaktır. Tahkim yargılaması, ayrıca tarafların aralarında anlaşarak uyuşmazlık hakkında bir çözüme ulaşmaları, davanın davacı tarafından geri alınması, yargılamanın sürdürülmesinin imkânsız veya gereksiz oluşu gibi nedenlerle de son bulabilir. Bu tür durumların yargılama sürecini nasıl sonlandıracağı, bu olasılıklarda hakemlerin nasıl hareket etmeleri gerektiği, taraflara düşen hak ve yükümlülüklerin ne olduğu gibi konular bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar kelimeler:

tahkim

yargılamanın sona ermesi

hakem kararı

sulh

davanın geri alınması

THE END OF ARBITRATION PROCEEDING ACCORDING TO THE LAW OF INTERNATIONAL ARBITRATION

ABSTRACT

Arbitration proceedings which the parties have applied for reasons such as confidentiality, expertise, promptness and objectivity, may come to an end for various reasons. Among these reasons, the first one that comes to mind is the rendering of an arbitral award, which essentially resolves the dispute between the parties in merits. The possibility of annulment of such an arbitral award will be reduced if it evaluates the main claims and defenses of the parties, does not contain inconsistencies, does not exceed the boundaries of the arbitration agreement, and if it is including a satisfying reasoning. Arbitration proceedings may also come to an end for reasons such as the parties' reaching a solution to the dispute by mutual agreement, the withdrawal of the case by the plaintiff and the impossibility or unnecessary continuation of the arbitral proceedings. This study concentrates on topics such as how such situations will end the arbitral process, how the arbitrators should act during such possibilities and what rights and obligations parties have in such circumstances.

Keywords:

arbitration

termination of arbitral proceedings

arbitral award

award by agreement

withdrawal of the case

GİRİŞ

Tahkim yoluna taraflarca başvurulmasının en önemli nedenlerinden biri uyuşmazlığı esastan çözen bir hakem kararına objektif, uzmanlığa dayalı, gizliliği koruyan ve hızlı bir şekilde ulaşılmak istenmesidir. Tahkim yargılaması sonucunda, hakemlerin, taraflar nezdinde bağlayıcı nitelikte bir karar vermesi beklenmekte ve uyuşmazlık hakemler tarafından karara bağlandığı andan itibaren hakem heyeti yargılamadan elini çekmektedir. Dolayısıyla yargılamanın sona ermesinden sonra, kararının yorumlanması, düzeltilmesi gibi olasılıklar dışında, hakemin yargılamaya ilişkin herhangi bir faaliyette bulunması veya karar vermesi söz konusu olmayacaktır. Bu durumda hakem/hakemler *functus officio* olmaktadır.^[1] Kesinleşmiş bir hakem kararı tıpkı bir mahkeme kararı gibi sonuç doğurmaktadır.^[2]

Tahkim yargılaması, kimi zaman d hakemlerin uyuşmazlığın çözümüne dair nihai bir kararları olmaksızın sona erebilir. Örneğin, taraflardan birinin taraf olma ehliyetini kaybetmesi ya da davanın geri alınması, tahkim süresinin uzatılmaması gibi olasılıklar dahilinde de tahkim yargılaması son bulacaktır. Nitekim, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 13. maddesinin B bendi uyarınca "Tahkim yargılaması, nihaî hakem kararının verilmesi veya maddede ayrıca düzenlenmiş olan sebeplerden birinin gerçekleşmesi üzerine sona erer." hükmünde açıkça ifade olunduğu üzere nihai hakem kararının verilmesinin yanı sıra tahkim yargılamasını sona erdirebilecek başka olasılıkların üzerinde de durulmaktadır.

Bu çerçevede, çalışma kapsamında öncelikle nihai hakem kararı, hakem kararının içeriği, hakem kararının gerekçeli oluşu, hakem kararının yorumlanması, düzeltilmesi ve tamamlanması ele alınacak ve ardından tahkim yargılamasını sona erdiren diğer sebepler üzerinde durulacaktır.

[1] Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2. Baskı (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2014), 3115; Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017) 2725.

[2] Pekcanitez, Özekes, Akkan ve Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, 2726.

I. HAKEM KARARI VE İÇERİĞİ

Bir hakem kararında yer alması gereken hususlara MTK'nın 14. maddesinde yer verilmiştir. Kararda, tarafların ve varsa temsilcileri ile vekillerinin ad ve soyadları, unvanları ve adresleri belirtilmelidir. Kararın dayandığı hukukî sebepler ile gerekçesi ve tazminata ilişkin istemlerde hükmedilen tazminatın miktarı, tahkim yeri ve kararın tarihi, kararı veren hakem veya hakem kurulunun ad ve soyadları, imzaları ve karşı oyları ile karara karşı iptal davası açılabilirliği noktaları da kararda mutlaka yer almalıdır. MTK'da açıkça zikredilmemiş olsa da kararda yargılama giderleri ve avukatlık ücreti; faiz ve faizin işlemeye başladığı tarih gibi konulara da yer verilmesi uygun olur.

Kararda, hakemlerin imzalarının bulunması konusuna MTK'da açıkça yer verilmiş olduğu görülmektedir. İmza koşulu ile bağlantılı olarak uygulamada genellikle hakemlerin imzalarının tek bir metinde yer alması zorunlu görülmemektedir; hakemlerin aynı kararın farklı nüshalarını imzalamaları da kabul görebilmektedir.^[3] İmzayla bağlantılı olarak tartışma konusu edilebilecek bir başka nokta ise hakem kararında tüm hakemlerin imzalarının yer almasının zorunlu olup olmadığıdır. Hakem kararında tüm hakemlerin imzalarının yer almasını zorunlu tutan milli hukuk düzenlemeleri, karara karşı olan hakemin, kararı imzalamaktan imtina ederek tüm tahkim sürecini sabote edebileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir.^[4] Bu ihtimali bertaraf edebilmek için ilgili mevzuatta böyle bir durumda nasıl hareket edilebileceğine yönelik bir hükme yer verilmesi gerektiği, aksinin uluslararası tahkimin gerekleri ile örtüşme içinde olmayacağı ileri sürülmektedir.^[5] Örneğin, İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 189 /2 uyarınca kararın imzalanması gerektiği, ancak salt baş hakemin imzasının da yeterli olacağı düzenlenmiştir.^[6]

[3] Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis ve Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, (The Hague: Kluwer, 2013), 645.

[4] A. Redfern, M. Hunter, N. Blackby ve C. Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (London: Thomson Sweet and Maxwell, 2004), 380.

[5] Redfern, Hunter, Blackby ve Partasides, *Law and Practice*, 381.

[6] İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun (IPRG) İngilizce metni için bkz. http://translex.uni-koeln.de/602000/_/swiss-international-private-law-/#head_87 (Erişim tarihi 10.05.2022)

MTK'da (m. 14/A/2) hakem kararında yer alması gereken hususlarla ilgili olarak kararın dayandığı hukukî sebepler ile kararın gerekçesinden de söz edildiği görülmektedir.^[7] MTK'nın hakem kararının gerekçeli oluşunu zorunlu kılan düzenlemesi esas alındığında tarafların, aralarında anlaşarak hakem kararının gerekçesiz verilmesini mümkün kılmaları düşünülemez. Zira gerekçeli hakem kararı, adil yargılamanın bir gereğidir. Taraflar, iddia ve savunmalarının nasıl sonuca bağlanmış olduğunu gerekçede görebilir ve hakemce ya da hakem heyetince vakıalar ile hukukî konuların nasıl değerlendirilmiş olduğunu, adaletin nasıl tesis edildiğini anlar.^[8] Gerekçe sayesinde sürpriz karar verme yasağı da işlerlik kazanır.^[9] Gerekçesiz bir hakem kararı keyfiyete dayalı olarak verilmiş bir hakem kararı olarak görülebilir; bu nedenle hakem kararında gerekçeye yer verilmesi uygun olur.^[10] Uluslararası ticari tahkim uygulamasında hakemlerin kararlarında maddi vakıaların değerlendirilmesine kıyasla hukuki gerekçeye ağırlık verdikleri ve zaman ayırdıkları görülmektedir.^[11] Bununla birlikte kararda asıl önemli olanın hukuki bir ders vermektense ziyade, gerekçenin uyumsuzluğunun niteliği de göz önünde bulundurularak ortaya konması ve taraflar nezdinde tatminin sağlanması olduğu unutulmamalıdır.^[12]

Hakem kararının gerekçesiz olması durumu, MTK'da ayrı bir iptal sebebi olarak öngörülmemiştir. Ne var ki kararın gerekçeye yer vermiyor oluşu,

[7] Yabancı mahkeme kararlarının salt gerekçesinin bulunmamasının kesinleşmiş yabancı mahkeme kararının tenfizine engel olmayacağına ilişkin olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu E. 2010/1, K. 2012/1, 10.02.2012: <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=>, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/09/20120920.htm&main=>, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/09/20120920.htm> (Erişim tarihi: 15.04.2022)

[8] Gerekçenin önemi ve gerekçesiz hakem kararlarının Türkiye'de tenfizinin kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğine ilişkin olarak bkz. Süha Tanrıver, "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi," *MHB*, 17-18, 1-2/ (1997-1998): 487; Yavuz Kaplan, *Milletlerarası Tahkimde Usûle Aykırılık*, (Ankara: Seçkin, 2002), 158.

[9] Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2021), 447.

[10] Lew, Mistelis ve Kröll, *Comparative International*, 649.

[11] Redfern, Hunter, Blackby ve Partasides, *Law and Practice*, 384.

[12] Redfern, Hunter, Blackby ve Partasides, *Law and Practice*, 384.

kamu düzenine aykırılık^[13] ya da usûle aykırılık nedeniyle hakem kararının iptali sonucunu doğurabilir.^[14]

Hakem kararında yer verilmesi gereken bir diğer husus da tahkim yeridir. Hukuki açıdan pek çok anlamı olan tahkim yerinin, tahkim yargılaması son bulduğunda ise iptal davası açılacak yer mahkemesini belirlemeye yardımcı olmak gibi de bir işlevi olabilir.^[15] Bu noktada, tahkim yerinin, hakemlerin kararı imzaladıkları yerden farklı olabileceğine dikkat çekilmelidir.^[16]

Hakem kararının ayrıca kesinlik içerecek şekilde ve buyurucu bir üslûpla yazılması gerekir; belirsiz ya da muğlak görüşler ve ifadelerle kaleme alınmaması gerekir.^[17] Ek olarak, birden fazla davalı mevcutsa ve hakem kararı uyarınca belli bir miktarın ödenmesi gerekiyorsa hangi tarafın ne oranda ödeme yapması gerektiği net olarak belirtilmelidir.^[18]

Son olarak, uygulama esas alındığında, tahkim davası devam ederken hakemlerin görüşlerini paylaştıkları ve özellikle duruşmalarda davaya ilişkin görüş alışverişinde buldukları görülmektedir. Karara ulaşmadan önce başhakem, kritik ve önemli gördüğü hususların bir listesini hazırlayıp diğer hakemlere ekleme yapmaları ve değerlendirmeleri için sunabilir. Hakemler bu şekilde nihai karara ulaşmadan önce, önemli hususlar hakkında ön görüş bildirebilirler ve ayrıca birbirlerinin ne düşündükleri hakkında fikir sahibi olup, yorum yapabilirler.^[19]

[13] Kaplan, *Usûle Aykırılık*, 161.

[14] Hakem kararının gerekçeli olması konusuna, tahkim usûlüne uygulanan hukuk ya da taraflarca esasa uygulanması seçilmiş olan hukuk uyarınca karar verilmesi düşünülebilir. Detaylar için bkz. Rubino Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, 2. Baskı (Hague: Kluwer Law International, 2001), 780-781. Konu hak. bkz. Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (İstanbul: Legal, 2008), 185.

[15] Born, *International Commercial Arbitration*, 3036.

[16] Born, *International Commercial Arbitration*, 3036.

[17] Redfern, Hunter, Blackby ve Partasides, *Law and Practice*, 382.

[18] Redfern, Hunter, Blackby ve Partasides, *Law and Practice*, 382.

[19] Redfern, Hunter, Blackby ve Partasides, *Law and Practice*, 368.

II. HAKEM KARARININ TUTARSIZLIKLAR İÇERMESİ

Hakem kararının içerdiği konuların birbirleriyle tutarlı olması ve kararda birbiriyle çelişen konulara yer verilmemesi gerektiğinin altını çizmek gerekir. Mahkemenin örneğin, iptal davasında kararı tutarlı şekilde yorumlayabilmek amacıyla çaba göstermesi ve kararı, mümkün olduğunca ayakta tutarak, iptalini son aşama olarak düşünmesi beklenir.^[20] Buna karşın, hakem kararındaki çelişkiyi gidermenin mümkün olamadığı ve tutarlı bir yoruma ulaşamadığı durumlarda hakem kararının iptali sonucu gündeme gelebilir. Hakem kararının tutarsız oluşuna ilişkin bir iptal sebebinin ilgili mevzuatta yer almaması durumunda, mahkeme kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirme yapabilir; zira, çelişik ve tutarsız hükümler içeren bir hakem kararının icrası kamu düzenine aykırı sonuçlar ortaya çıkarabilecektir.

III. HAKEM KARARININ YORUMLANMASI, DÜZELTİLMESİ VEYLA TAMAMLANMASI

MTK m. 14/B uyarınca; “Taraflardan her biri, hakem kararının kendisine bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, hakem veya hakem kuruluna başvurarak; hakem kararında bulunan hesap, yazı ve benzeri maddî hataların düzeltilmesini; kararın tümünün veya bazı bölümlerinin yorumlanmasını isteyebilir.”

Düzeltilme, yorum ve tamamlama kararları, taraflara bildirilir ve hakem kararının bir parçasını oluşturur. Bu düzeltme ve yorumlar da hakem kararı statüsünde olduğundan, bunlar da iptal davasına, tanımaya ve tenfize konu olabilir.^[21] Buna karşın, örneğin, hakemlerin düzeltme talebinin reddini öngören kararları, hakem kararının bir parçası olarak nitelendirilemez.^[22] MTK uyarınca öngörülmüş olan bu olanak, bir kanun yolu olarak nitelendirilemez.^[23]

Karşı tarafın görüşünü alan hakem veya hakem kurulu, düzeltme talebini haklı bulursa, istem tarihinden itibaren otuz gün içinde kararındaki maddî

[20] Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, (Hague: Wolters Kluwer, 2012), 332.

[21] Born, *International Commercial Arbitration*, 3028.

[22] Born, *International Commercial Arbitration*, 3140.

[23] Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, (İstanbul: Vedat, 2021), 375.

hatayı düzeltir. Hakem kararının düzeltilmesi talebi taraflardan gelebileceği gibi hakemlerce re'sen de bu yönde karar verilebilir. Düzeltme talebine ilişkin olarak, hakemlerce taraflara eşit fırsat tanınmalı ve her iki tarafın da düzeltmeye ilişkin görüşleri dinlenmelidir.^[24] Hakemlerin düzeltme sonucu vermiş oldukları kararın da hakem kararından beklenen şekil koşullarını “imza, tahkim yeri, tarih vb.” taşıması gerekir.^[25]

Düzeltme, özellikle hesap hataları durumunda başvurulmuş bir yoldur. Örneğin, faizin yanlış hesaplanması bir hesap hatasıdır ve düzeltilmesi istenebilir. Ancak, faiz oranının uygulanan hukuka göre doğru oran olmadığını tespit, hükmün değiştirilmesi anlamına gelir ve düzeltmeye konu olamaz.^[26] Hakem kararının gerekçesinde yer alan konuların ise düzeltmeye konu olması; ayrıca hukuki ya da maddi vakiya ilişkin olarak hakemlerce düzeltme yapılması mümkün değildir.^[27]

Taraflardan her biri, hakem kararının kendilerine bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir. Dolayısıyla, hakem kararının tamamlanması yoluna tahkim yargılamasında ileri sürülmüş olmasına rağmen, kararda ele alınmamış olan iddialar bakımından gidilebileceğine; bu olasılığın da hakemlerin *functus officio* olmaları ilkesinin istisnasını teşkil etmediğine dikkat çekilmelidir.^[28] Hakemlerin tarafların istemlerinin her biri hakkında karar vermeleri gerekmektedir. Nitekim görev belgesinde de hakkında karar verilecek olan hususlar tek tek belirtilir. Hakemlerin tüm talepler hakkında karar vermemiş olmaları MTK m. 15/A/1/e uyarınca iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle kararın iptalinin önüne geçmek amacıyla eksik bırakılmış hususlar hakkında hakem kararının verilmesinden itibaren 60 gün içinde tamamlayıcı karar verilebilir.

[24] Born, *International Commercial Arbitration*, 3128.

[25] Born, *International Commercial Arbitration*, 3128.

[26] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 376.

[27] Born, *International Commercial Arbitration*, 3126-3127.

[28] Frank-Bernd Weigand, Antje Baumann, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, 3. Baskı, (Oxford: Oxford University Press, 2019), 77.

Tahkim davasının taraflarından her biri, hakem kararının belirli bir bölümüne ya da kararda geçen belirli bir konuya yönelik olarak belirsizlik ya da tutarsızlığın giderilmesini, açıklanmasını talep edebilir. Hakemler ya da hakem kurulunca re'sen yorumlama yoluna başvurulamayacağı ileri sürülmektedir.^[29] Hükmün yorumlanması durumunda hüküm değiştirilemez; yeniden yazılamaz, sadece yorumlanır ve açıklanır.^[30] Ayrıca birbiriyle çelişkili görülen hususlar varsa da yorum yoluyla açıklanması istenebilir. Hakem kararının yorumlanmasında sadece açıklama yapılır ve mevcut tereddütler giderilir. Yorumlama sırasında hakemlerce karara ekleme yapılması söz konusu değildir. Aksinin kabulü yetki aşımı hali teşkil edebilecektir ve hakem kararının iptaline neden olabilecektir. Taraflara hakem kararının hakemlerce yorumlanmasını isteme imkanının tanınmış olması, kötüye kullanılmaya açıktır ve bu yola özellikle davayı kaybeden taraf, hakem kararının hakemlerce adeta tekrar gözden geçirilmesini sağlama amacıyla başvurabilir.^[31] Bu nedenle, hakem ya da hakemlerce kararın yorumu konusuna titizlikle yaklaşılmalı, sadece belirsizlik ve tereddütleri gidermekle sınırlı bir yaklaşım izlenmelidir.

IV. MTK M. 13/B UYARINCA TAHKİM YARGILAMASINI SONA ERDİREN SEBEPLER

A) DAVANIN GERİ ALINMASI

Tahkim davasının davacı tarafça kısmen ya da tamamen geri alınması, belli şartlar dahilinde mümkündür ve yargılamanın sona ermesi sonucunu doğurur. Davanın geri alınması durumunda dava hiç açılmamış sayılır ve dava açılması ile doğan sonuçlar geçmişe etkili olarak hiç doğmamış sayılır. Örneğin, zamanaşımı hiç kesilmemiş sayılır.^[32] Davanın geri alınması durumunda, davacı dava açma hakkından bütünüyle vazgeçmemektedir. Dolayısıyla ileride tekrar dava açması mümkündür. Bu nedenle davayı tekrar açmayı düşünen davacı, zamanaşımı konusuna özellikle özen göstermeli ve zamanaşımının dolmamasına dikkat etmelidir. Davacı, davasını geri aldığı

[29] Tanrıver, *Medenî Usûl*, 449.

[30] Pekcanitez, Özekes, Akkan ve Korkmaz, *Medenî Usûl*, 2729.

[31] Weigand, Baumann, *Practitioner's Handbook*, 77.

[32] Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz ve Sema Taşpınar Ayyaz, *Medenî Usûl Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Yetkin, 2016), 326.

zaman, süresi içinde yeniden dava açabilir. Böyle bir durumda, davalı, kesin hüküm itirazından bulunamaz. Zira, esas hakkında hüküm verilmiş değildir.

MTK m. 13/B/1 “1. Davalının itirazı üzerine hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlığın kesin olarak çözümünde davalının hukukî yararı bulunduğunu kabul etmesi hali hariç, davacı davasını geri alırsa” şeklinde kaleme alınmıştır. İç tahkim açısından da HMK’nın 435. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde “a) *Davalının itirazı üzerine hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlığın kesin olarak çözümünde davalının hukuki yararı bulunduğunu kabul etmesi hâli hariç, davacı davasını geri alırsa.*” yönünde aynı hükme yer verilmiştir. İç tahkim açısından anılan hükmün farklı açılardan yorumlanabildiği görülmektedir: Bir yorum^[33] uyarınca davanın geri alınmasında davalının muvafakatına ihtiyaç olduğu noktaya vurgu yapılırken; bir diğer yorum ise ilke olarak davalının açık muvafakati olmaksızın da, davacının davasını tek yanlı olarak geri alabilmesinin mümkün olduğunu ortaya koymaktadır.^[34] Hükmün yorumu uyarınca, davalının davanın geri alınmasına herhangi bir itirazı olmaması olasılığına dayalı olarak, hakem veya hakem kurulunca davanın geri alınmasının re’sen gözetilmeyeceği ve sonuç olarak davacının davasını geri alabileceği vurgulanmaktadır.^[35] Davalının, davanın geri alınmasına karşı çıkmaması halinde, hakem veya hakem kurulunca davanın geri alındığının re’sen gözetilmesinin yetki aşımı teşkil edeceği belirtilmektedir.^[36]

Davalının, davanın geri alınmasına karşı çıkması durumunda ise hakem ya da hakem kurulu, davalının davanın geri alınmaması yönünde bir menfaati olup olmadığını araştırmalıdır. Hakem veya hakem kurulunca davanın devamında tarafların hukuki yararının olduğuna karar verilmesi üzerine davaya devam edilmelidir.^[37] Bir başka deyişle, davalının itirazı hakemlerce haklı görülürse, davanın geri alınmasına izin verilmeyecektir. Davalının

[33] Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Korkmaz, *Medenî Usûl*, 2725. Ayrıca bkz. Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, 2. baskı (Ankara: Yetkin, 2010), 104.

[34] Tanrıver, *Medenî Usûl*, 422-423.

[35] Tanrıver, *Medenî Usûl*, 422-423.

[36] Tanrıver, *Medenî Usûl*, 422-423.

[37] Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/ Korkmaz, *Medenî Usûl*, 2725.

itirazın kabul edilmemesi halinde ise davanın geri alınması mümkün olacak ve açılmış olan dava sona erecektir.

Kanımızca, MTK m. 13/B/1 ele alındığında, hakem veya hakem kurulunun, davacının davanın geri alınması talebine, davalının itirazı üzerine karar vereceği açıkça düzenlenmiştir. Bu konuda hakem veya hakem kurulunun re'sen hareket edemeyeceği; aksinin yetki aşımı hali teşkil edeceği yönündeki görüşe^[38] katılıyoruz ki esas problem yaratabilecek nokta, bu noktadır. Hakem heyetinin, davalının itirazı üzerine davanın çözümünde davalının hukuki yararı bulunduğunu araştırması gereklidir. İtiraz üzerine hukuki yarar incelemesi yapan hakem veya hakem heyeti, yararın mevcut olduğuna karar verirse davacı, davasını tek taraflı olarak geri alamamış olacaktır. Dolayısıyla hakemlerin inceleme sürecini başlatan, davalının itirazıdır ve bu itiraz kilit önem taşımaktadır. Davalı tarafından, davanın geri alınmasına herhangi bir itirazda bulunulmazsa, hakem heyeti re'sen harekete geçemeyecektir; zira, ilgili hükümde açıkça ve tereddüte yer vermeyecek biçimde "...davalının itirazı üzerine..." ifadesine yer verilmiştir. Davalı, belli bir süre zarfında itirazda bulunmazsa, sonuç olarak dava, davacı tarafından tek taraflı olarak geri alınmış olacaktır.

Davalının, davanın geri alınmasına itiraz etmesinin farklı nedenleri olabilir. Örneğin, açılmış olan davada onun da karşı talepleri olabilir. Ya da davalı, hakkında hali hazırda açılmış olan davanın sonuçlanmasını ve bu konudaki yükten kurtulmayı istiyor olabilir.

Davanın geri alınmasının, davadan feragatten farklı olduğunun altı çizilmelidir. Davadan feragat edilmesi durumunda davacı, bir daha açmamak üzere davasını sonlandırmaktadır; bu yönüyle davayı geri almaktan ayrılmaktadır. Davadan feragat halinde davacı, davasından geri dönülemez şekilde vazgeçmektedir. Davadan feragatte davalının kabulüne ihtiyaç yoktur. Feragat, bu yönüyle de davanın geri alınmasından farklılaşmaktadır. Davanın geri alınmasında davalının itirazı üzerine, hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlığın kesin olarak çözümünde davalının hukukî yararı bulunduğuna karar vermesi üzerine davanın geri alınması engellenebilir. Davadan feragat, kısmen ya da tamamen davadan feragat şeklinde olabilir.

Son olarak, davanın geri alınmasının, davayı kabulden de ayırılması gerektiğine dikkat çekilmelidir. Davanın kabulünde davalı, talep sonucunu

[38] Tanrıver, *Medenî Usûl*, 422-423.

kısmen ya da tamamen kabul etmektedir.^[39] Davanın kabulünde, davalı, karşı tarafın muvafakatine ya da hakem kurulunun onay vermesine ihtiyaç duyulmaksızın tek taraflı irade beyanı ile davayı sonlandırmaktadır.^[40] Davadan feragat ve kabul durumlarında, hakemler tarafından ayrıca bir hüküm verilmesine gerek olmaksızın yargılama son bulur. Zira, feragat ve kabul, hükmün tamamlayıcısı değildir; bizatihi hükmün yerine geçip, onun doğurduğu sonuçları doğurmaktadır.^[41]

Hakem veya hakem kurulu önünde gerçekleşen sulh, kabul veya feragatle davanın sona ermesi halinde hakemlerce esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilir.^[42]

B) TARAFLARIN ANLAŞMASI

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı anlaşma yoluyla sona erdirmeleri; bir başka deyişle sulh olmaları mümkündür. Sulh göz önünde bulundurulduğunda genellikle, davacı talep sonucunun belli bir bölümünden fedakârlık ederken; davalı da talep sonucunun kalan kısmını kabul etmektedir.^[43] Sulh de feragat ve kabul gibi davayı sona erdiren bir taraf işlemidir. Hakemler önündeki bu tür beyanlar, hakimler önünde yapılmış sayılır. Sulh, tahkim yargılaması devam ederken, hatta hakemler nihai kararlarını verdikten sonra dahi mümkün olabilir.^[44] Nihai hakem kararı verildikten sonra sulhe gitmek, ilk başta çok da fazla ihtimal dahilinde görülmeyebilir. Ancak tahkim sürecine hakim gizliliğin iptal ve/veya tenfiz aşamalarında ortadan kalkma ihtimalinin bertaraf edilmesi, kazanan tarafı da kapsayabilecek şekilde

[39] Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, 8. baskı (Ankara: Yetkin, 2019), 609.

[40] Tanrıver, *Medenî Usûl*, 426.

[41] Tanrıver, *Medenî Usûl*, 426.

[42] Tanrıver, *Medenî Usûl*, 443.

[43] Arslan, Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz, *Medenî Usûl*, 556.

[44] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 366.

devlet mahkemelerinde sürecin uzamasının önüne geçilmesi gibi olasılıklar düşünüldüğünde yine de tercih edilebilecektir.^[45]

Taraflar, tahkim yargılaması devam ederken sulh olmaya karar verirlerse bu yöndeki iradeleri bir sözleşmeye konu edilebilir veya taraflar hakemlerden, aralarındaki sulh sözleşmesinin bir hakem kararı olarak tespitini isteyebilirler.^[46] MTK m. 12/D hükmünde sadece tahkim yargılaması devam ederken tarafların sulh olmasına ilişkin hüküm yer almaktadır ve “*Tahkim yargılaması sırasında taraflar uyuşmazlık konusunda sulh olurlarsa, tahkim yargılamasına son verilir. Tarafların istemini uygun bulan hakem veya hakem kurulunca sulh, hakem kararı olarak tespit edilir.*” düzenlemesi getirilmiştir. Tarafların sulh beyanında bulunmaları üzerine, hakemlerce “*uyuşmazlığın sona erip ermediği*” konusunda araştırma ve inceleme yapılması mümkün değildir; tahkim yargılaması sona erdirilmek zorundadır.^[47]

Sulhun hakemler önünde gerçekleşmesi durumunda tutanağa geçirilmesi ve taraflara imza ettirilmesi gerekir. Bu şekilde, sulhun, hakemler tarafından bir hakem kararı olarak tespiti anlamlı olacaktır. Zira hakemler huzurunda yapılmayan sulh, tıpkı mahkeme dışı sulhde olduğu üzere tamamen maddi hukuk hükümlerine tabiidir.^[48] Böyle bir sulh, sadece bir özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir.^[49] Mahkeme dışı sulh, dava derdest iken yapılsa bile görülmekte olan davayı kendiliğinden etkilemez. Bu nedenle, MTK m. 12/D uyarınca sulhun hakem kararı olarak tespiti anlamlıdır. Taraflar arasındaki sulh anlaşması ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmamalıdır; ayrıca, sulhun konusu, tahkime elverişli bir konu hakkında olmalıdır.

Sulh durumunda da hakem ücreti ve yargılama giderlerine kimin katlanması gerektiğinin belirtilmesi bu konuda ortaya çıkabilecek problemleri önlemesi açısından önemlidir. Taraflar, sulh olurken, yargılama giderleri

[45] Doğa Elçin, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Sulh* (Ankara: Turhan, 2019), 12-13.

[46] Elçin, *Sulh*, 12.

[47] Tanrıver, *Medeni Usûl*, 424.

[48] Mahkeme dışı sulh hakkında bkz. Arslan, Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz, *Medeni Usûl*, 560.

[49] Tanrıver, *Medeni Usûl*, 429.

hakkında da anlaşmaya varmışlarsa, bu anlaşma da hakem veya hakemlerce dikkate alınmalıdır. Taraflar, yargılama giderleri hakkında bir anlaşma yapmamışlarsa ya da anlaşamazlarsa hakem veya hakem kurulunun yargılama giderlerini sulh sözleşmesindeki feragat oranlarını gözeterek paylaşması düşünülebilir. MTK m. 16/D hükmünde “*Hakem veya hakem kurulunun yargılamayı sona erdiren veya taraflar arasındaki sulhu tespit eden kararında da yargılama giderleri gösterilir.*” hükmünde de görüldüğü üzere sulh halinde, yargılama giderleri konusunda karar verilmelidir.

Hakemlerin de tarafları, sulhe davet etmeleri düşünülebilir. MTK’da bu konuda açık bir hükmün yer almadığı görülmektedir. Bu çerçevede, MTK’da örtülü ve bilinçsiz bir boşluk bulunduğu yorumundan hareketle HMK’nın hakimlerin tarafları sulhe davetine ilişkin hükümlerinin (HMK m. 137/1^[50]) niteliğine uygun düştüğü ölçüde dayanak alınarak, hakemlerin tarafları sulhe davet etmesinin mümkün olabileceği ileri sürülmektedir.^[51] Ancak, hakemlerin böyle bir durumda da bağımsızlık ve tarafsızlıklarını korumaya dikkat etmeleri gerektiğinin de altı çizilmektedir.^[52] Bu çerçevede, hakemlerce tarafların sulh görüşmesi yapma konusunda iradelerinin olduğundan emin olma, bu konuda taraflarla ayrı ayrı görüşme yapmaktan kaçınma gibi noktalara dikkat edilmelidir.^[53]

Hilenin, emredici hukuk kurallarına aykırılığın (kara para aklama ya da rekabet kurallarının ihlali gibi), rüşvetin ya da önemli bir haksızlığın söz konusu olacağı durumlarda, sulh, hakemlerce reddedilmelidir.^[54]

[50] HMK m. 137/1: *Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.*

[51] Elçin, *Sulh*, 123.

[52] Elçin, *Sulh*, 123.

[53] Elçin, *Sulh*, 125-126.

[54] Born, *International Commercial Arbitration*, 3025.

C) YARGILAMANIN SÜRDÜRÜLMESİNİN GEREKSİZ VEYA İMKÂNSIZ OLMASI

MTK m. 13/B/3 uyarınca hakemlerce tahkim yargılamasının sürdürülmesinin gereksiz ya da imkânsız olduğuna karar verilmesi de davayı sona erdiren sebeplerden biridir. Davanın sürdürülmesinin gereksiz olacağı bir durum, davalının dava konusu borcu ödemesi ve davanın konusuz kalmasıdır.^[55] Ayrıca, dava konusu taşınır malın davacıya teslimi veya dava konusunun elde edilmesinin olanaksızlaşması halinde de -örneğin, dava konusu tablonun yanarak yok olması gibi- yargılama sona erer.^[56] Böyle bir durumda, esas hakkında yargılama yapılmasına ve hüküm verilmesine gerek kalmayacak; hakemlerce esas hakkında hüküm verilmesine yer olmadığına karar verecektir.^[57] Bununla birlikte, yargılama giderleri hakkında karar verilmesi gerekliliği ise devam edecektir. Dava, esastan çözüme ulaştırılmamış da olsa haksız tarafın kim olduğu anlaşılabilir durumdaysa yargılama giderlerini o tarafın ödemesine karar verilebilir; “haklılık” durumu anlaşılabilir değilse yargılama giderlerinin eşit olarak paylaşılması adil olacaktır.^[58]

Hakemlerin yargılamanın sona erdiğine ilişkin kararı aleyhine iptal davası açılmazsa, hakem kararı kesinleşecektir.^[59]

[55] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 361; Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Korkmaz, *Medenî Usûl*, 2725.

[56] Tanrıver, *Medenî Usûl*, 425.

[57] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 362.

[58] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 362. Mahkeme uygulaması ve Yargıtay’ın yargılama giderlerini tespit etmeden önce “mahkemenin tüm delilleri toplaması zorunluluğuna” dikkat çekerek davanın açıldığı tarihteki haklılık durumunun tespitine yönelik kararı için bkz. “...Somut olaya gelince; dava konusu kiralanan, yargılama devam ederken tahliye edilmiştir. Bu durumda mahkemece tarafların tüm delilleri toplandıktan sonra davanın açıldığı tarihteki haklılık durumu dikkate alınarak yargılama giderleri ve vekalet ücreti konusunda hüküm kurulması gerekirken gerekli araştırma yapılmadan yazılı şekilde yargılama gideri ve vekalet ücreti konusunda da karar verilmesi doğru değildir...”: Yar. 6. HD., T. 28.01.2013, E. 2012/16929, K. 2013/1128: www.kararara.com (Erişim tarihi: 20.05.2022)

[59] Akıncı, s. 362. Mahkeme uygulaması ve Yargıtay’ın benzer yönde anlayışı için bkz. “...Somut olaya gelince; dava konusu kiralanan, yargılama devam ederken tahliye edilmiştir. Bu durumda mahkemece tarafların tüm delilleri toplandıktan sonra davanın açıldığı tarihteki haklılık durumu dikkate alınarak yargılama giderleri ve

D) TAHKİM SÜRESİNİN UZATILMAMASI

Tahkimin avantajlarından biri de sonuca hızlı ulaşmak olarak görülmektedir. Tahkim sürelerinin gerek tahkim kurumlarının kurallarında gerekse mevzuatta düzenlenmiş olması taraflar nezdinde de öngörü sağlar. MTK m. 10/B uyarınca taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa tahkim süresi 1 yıl olarak düzenlenmiştir. Bu süre yeterli olmayacaksa süre uzatımı gündeme gelir. Süre uzatımına hakemlerce karar verilemeyeceğinin altı çizilmelidir. Kurumsal tahkim mekanizmaları nezdinde tahkim divanı tarafından sürenin uzatılmasına karar verilebileceği düzenlenmiş olabilir. Örneğin, İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları'nın 33. maddesinin ilk fıkrası kapsamında Divana re'sen tahkim süresini uzatma yetkisi tanınmıştır. TOBB Tahkim Tüzüğü'nün 36. maddesi ise tarafların ortak anlaşması yoluyla ya da taraflardan birinin veya hakem/hakem kurulunun talebi üzerine Divan tarafından da tahkim süresinin uzatılabileceği belirtilmiştir. Bu tür olasılıklar dahilinde, süre uzatımının söz konusu olmaması halinde yargılama sona erecektir.

Bir Fransız mahkeme kararında “Süre uzatımına hakemlerce karar verilememesi ve bu konunun taraflarca doğrudan ya da tarafların seçtiği usul kuralları uyarınca karara bağlanması gerekliliğinin kamu düzeni^[60] anlayışı ile bağlantılı olduğu ve tahkimin iradeye dayalı niteliği ile örtüştüğü” açıkça ifade olunmuştur.^[61] Taraflardan birinin istemi üzerine, asliye hukuk mahkemesince süre uzatılabilir. Mahkeme tarafından süre uzatımını haklı kılacak bir nedenin varlığı aranır. Mahkemece süre uzatımına ilişkin başvurunun reddi halinde, tahkim süresinin sonunda yargılama sona erecektir. Mahkemeye yapılacak olan süre uzatımı talebinin tahkim süresinin dolmasından önce yapılması şarttır; aksi halde süre bitimi ile tahkim yargılaması süreci

vekalet ücreti konusunda hüküm kurulması gerekirken gerekli araştırma yapılmadan yazılı şekilde yargılama gideri ve vekalet ücreti konusunda da karar verilmesi doğru değildir...: Yar. 6. HD., T. 28.01.2013, E. 2012/16929, K. 2013/1128: www.kararara.com (Erişim tarihi: 20.05.2022)

[60] Benzer şekilde kamu düzeni vurgusunun yapıldığı bir Yargıtay kararı için bkz. “... Bu durumda hakemlerce tahkim müddetinin bitiminden sonra karar verildiği, bu husus kamu düzenine ilişkin olup görevi gereği Yargıtay’ca resen dikkate alınması gerektiğinden hakem kararının... bozulması gerekmiştir.”: Yar. 15. HD., T 24.03.2008, E. 2008/188, K. 2008/1871: www.kazanci.com (Erişim tarihi: 04.05.2022)

[61] Communauté urbaine de Casablanca v. Degrémont, Rev. Arb. 88, 88, 15.06.1994, French Cour de cassation civ. 1e: Born, *International Commercial Arbitration*, 3063.

sona ermiş olur.^[62] Ayrıca, hakem kararının süresinde verilmemiş olmasının MTK m. 15/A/1/ c uyarınca bir iptal sebebi olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.

E) HAKEM KURULUNUN OYBİRLİĞİ İLE KARAR VERME KOŞULUNU GERÇEKLEŞTİREMİŞ OLMASI

Hakemlerin kararlarına oybirliği ya da oyçokluğu ile ulaşmaları söz konusu olabilir. Bu konuda tahkim kurumlarının kurullarında ya da farklı ülke mevzuatlarında değişik anlayışlar benimsenmiş olabilir. Örneğin, ICC 2021 Tahkim Kuralları^[63] (m. 32/1) uyarınca oyçokluğu sağlanamazsa hakem kurulu başkanı karar verir. Benzer şekil de İsviçre MÖHUK m. 189/2 uyarınca kararın oyçokluğu ile verileceği; oyçokluğunun sağlanamaması durumunda ise baş hakemce karar verileceği düzenlenmiştir.

Hakemlerin karar verme yeter sayısının ne olacağı konusunda taraflara da yetki tanınmış olabilir. MTK m. 13/A uyarınca eğer tarafların bu konuda özel olarak bir iradeleri yoksa, hakemler oyçokluğu ile karar verebilir. Diğer yandan, taraflarca açıkça hakemlerin mutlaka oy birliği ile karar almalarını zorunlu tutulabilir. Böyle bir durumda hakemler karara oybirliği yoluyla ulaşmadıkça geçerli bir hakem kararı söz konusu olamayacaktır. Hakemlerin oybirliği ile karar vermeleri mümkün olmazsa artık hakem kurulunun karar veremediği kabul edilecektir. Böyle bir durumda, tahkim yargılaması sona erecektir.

MTK uyarınca oyçokluğunun sağlanamaması durumunda, baş hakemin kararı tek başına verebilmesi gibi bir olasılığa yer verilmemiş olması eleştirilebilir. MTK m. 13/A uyarınca sadece “*Taraflar veya hakem kurulunun diğer üyeleri yetki vermişlerse, hakem kurulu başkanının, yargılama usûlü ile ilgili belirli konularda tek başına karar verebileceği*” düzenlenmiştir. Örneğin, üç hakemin yer aldığı durumlarda hakemlerin üçü de farklı görüşte ise oy çokluğu sağlanamamıştır; bu durumda hakem kararı verilememiş sayılır. Ne var ki oy çokluğunun sağlanamaması üzerine tahkim yargılamasının sona ermesi ve hakem kararının verilmemiş sayılması sonucunun ortaya çıkması ağır bir sonuç olarak nitelendirilebilir. Zira bu şekilde tahkim yargılamasına

[62] Tanrıver, *Medeni Usûl*, 427.

[63] Kuralların tam metni için bkz. https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_32 (Erişim tarihi: 09.03.2022)

harcanan emek, zaman ile yapılan masraflar boşa harcanmış olacaktır. Bu soruna bir çözüm olarak oyçokluğunun sağlanamaması üzerine baş hakemin tek başına karar verebilmesi yönünde bir kanun değişikliği düşünülebilir.

Hakem kararının oyçokluğu verilmesi durumunda, karşıoy yazısına hakem kararında yer verilip verilmeyeceği konusu tartışma konusu yapılabilir. Uluslararası ticari tahkim uygulamasında karara katılmayan hakemlerin kararı imzalamamak yoluyla karara muhalefet ettikleri; karşı oy yazısını ise nadiren kaleme aldıkları görülmektedir.^[64] Hakemce karşı oy yazısı yazılmışsa, bu yazı, diğer hakemlerin kabulü halinde karara ek yapılabilir veya taraflara ayrıca ulaştırılabilir. Her iki durumda da karşı oy yazısının hakem kararının bir parçası olmadığına dikkat çekilmelidir, karşı oy karar değil; salt bir görüş niteliği arz etmektedir.^[65]

Karşıoy yazısının söz konusu olduğu bir hakem kararının iptali davası^[66] şöyle karara bağlanmıştır: Karara muhalefet eden hakem, sağlık sorunları nedeniyle hakem kararının verilmesi ve yazılması aşamalarına katılamamıştır. Bununla birlikte, hakem kararına ek olacak şekilde karşıoy yazısını yazmıştır. Ancak Mahkemece, hakem kararında karara muhalefet eden hakemin imzasının yer almıyor oluşu ile kararda tüm hakemlerin imzalarının olması zorunluluğu ve karşıoyun hakem kararının bir parçası olmaması gerekçe gösterilerek hakem kararı iptal edilmiştir. Mahkemenin iptal kararı, hakem kararında imzası yer almıyor olsa dahi sonuç olarak hakem kararına muhalefet eden hakemin, hakem kararını inceleyebilmiş olması ve karşıoy yazısı yazma imkanına sahip kılınmış olması gerekçeleriyle eleştirilmektedir.^[67] Kanımızca da karara muhalefet eden hakemin kararda imzası yer almasa da, kendisine kararı inceleyebilme, karara karşı görüşlerini yazabilme imkanının tanınmış olması yeterlidir; dolayısıyla hakem kararının iptali yoluna gidilmemelidir.

[64] Redfern, Hunter, Blackby ve Partasides, *Law and Practice*, 389.

[65] Redfern, Hunter, Blackby ve Partasides, *Law and Practice*, 389.

[66] Bursa Büyükşehir Belediyesi v. Güriş İnşaat ve Mühendislik A.Ş., Dava No: C07/ 166 HR (Hollanda Yüksek Mahkemesi), 05.12.2008: Born, *International Commercial Arbitration*, 3035.

[67] Born, *International Commercial Arbitration*, 3035.

F. TARAF OLMA NİTELİĞİNİN KAYBEDİLMESİ

Tahkim yargılamasını sona erdiren nedenlerden bir diğeri ise taraflardan birinin taraf olma niteliğini kaybetmesidir. Bir taraf, davanın açıldığı anda taraf ehliyetine sahip olmasına karşın, yargılama sırasında ehliyetsiz duruma gelebilir. Örneğin, gerçek kişiler bakımından ölüm söz konusu olabilir ya da tüzel kişilik bakımından tüzel kişiliğin sona erme nedenlerinden biri gerçekleşebilir.^[68] Tüzel kişiler bakımından, ehliyetlerine uygulanacak hukuka göre kişiliğin sona ermesi bir anda gerçekleşmeyebileceğinden tüzel kişi, tasfiye süresince taraf ehliyetine sahip olmaya devam edebilir.^[69] Böyle bir durumda gerçek kişi bakımından mirasçuları, tüzel kişi bakımından ise kanuni halefi olan bir tüzel kişi varsa, bu tüzel kişi nezdinde yargılamaya devam edilir.^[70] Örneğin, tüzel kişiliğin birleşme veya devir gibi nedenlerle sona ermesi durumunda davaya sona eren tüzel kişinin halefi tarafından devam edilir.^[71] MTK m. 11/B uyarınca taraf olma niteliğinin kaybı üzerine hakem veya hakem kurulunca tahkim yargılaması ertelenerek, tahkim yargılamasının devamı amacıyla ilgililere bildirimde bulunulur. Bu durumda tahkim süresi işlemez. Altı ay içinde bildirim yapılmaz veya bildirimde bulunulanlar tahkim yargılamasına devam edeceklerini açıkça diğer tarafa ya da hakem veya hakem kuruluna bildirmezlerse, tahkim yargılaması sona erer. Gerçek kişinin mirasçılarının davaya devam etmek istemesi halinde, tahkim usûlüne uygulanan kurallar dikkate alınarak mirasçılarının davaya devam etme yönündeki iradelerini ortaya koyan bir dilekçe ve mirasçılık belgesi sunmaları uygun olacaktır. Hakem ya da hakemlerce verilen süre içinde tahkim davasına mirasçılar tarafından devam edileceğinin bildirilmesi üzerine davanın tarafı mirasçılar olur ve davaya onlarla devam edilir.

[68] Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, *Medenî Usûl Hukuku*, 5. baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), s. 147.

[69] Türk hukuku bakımından ayrıntılı değerlendirme için bkz. Pekcanitez, Özeker, Akkan ve Korkmaz, *Medenî Usûl*, 577.

[70] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 365.

[71] Pekcanitez, Özeker, Akkan ve Korkmaz, *Medenî Usûl*, 577.

Mirasın reddi durumunda ise mirasçılara karşı davaya devam edilememesi sonucu ortaya çıkar.^[72]

G) TAHKİM AVANSININ YATIRILMAMASI

Tahkimin genel olarak devlet yargısına kıyasla daha masraflı bir yol olduğu söylenebilir. Bu çerçevede, yargılama masrafları, kurumsal bir tahkim söz konusu ise bu kurumsal mekanizma dahilinde doğabilecek sekreteryaya, duruşma salonu organizasyonu gibi masraflar bakımından önceden bir avans yatırılması istenebilir. MTK m. 16/C’de hakem veya hakem kurulunun, davacı taraftan yargılama giderleri için avans yatırmasını isteyebileceği düzenlenmiştir.

Kurumsal tahkim mekanizmaları düşünüldüğünde belirlenen masraflara ilişkin avansın davanın taraflarınca bölüştürülerek yatırılması düşünülebilir. Ancak özellikle davalı taraf bakımından avans yatırılmasında isteksizlik mevcut olabilir. Bu durumda, davacı tarafından tüm avansın ödenmesi üstlenilebilir. Davacının, ödemek zorunda kaldığı bu miktarın kendisine iadesi için nihai kararı beklemezsizin bir ara karar verilmesini talep edebileceği ileri sürülmektedir.^[73] Zira bu tür bir durumda ara karar verilmesi için gerekli olan “ödeme yapmış olan taraf aleyhine bir zararın varlığı, sözleşme kaynaklı bir borcun ifa edilmemiş olması, zararın belirli ve tespit edilebilir oluşu” gibi koşulların bir arada olduğu belirtilmektedir.^[74] Kurumsal tahkim kurallarında da bu tür durumlarda ne yapılabileceği açıkça düzenlenmiş olabilir. Örneğin, ISTAC Tahkim Kuralları m. 42/5’de bu olasılık açıkça ele alınmıştır ve taraflardan herhangi birinin, kendi payına düşen avansı yatırmayan tarafın yerine gerekli avans tutarını yatırabileceği hükme bağlanmıştır. ICC Tahkim Kuralları m. 37/5 uyarınca da bir taraf, diğer tarafın payına düşen bir avans ödemesini yapmaması durumunda, ödemeyen taraf yerine ödeme yapılabilecektir.

[72] Devlet yargısı bakımından değerlendirme için bkz. Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Korkmaz, *Medeni Usûl*, 583.

[73] W. Laurence Craig, William W. Park ve Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3. baskı, (New York: Oxford University Press, 2000), 268.

[74] Craig, Park ve Paulsson, 268.

Davacının da avans yatırmaktan kaçınması söz konusu olur ise tahkim yargılaması sona ermelidir. Nitekim MTK m.16/C'de de bu durum açıkça düzenlemeye konu olmuş ve avansın, hakem veya hakem kurulu kararında öngörülen süre içinde ödenmemesi üzerine hakem veya hakem kurulunun yargılamayı durdurabileceği ifade olunmuştur. Yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde avans ödenirse yargılamaya devam olunacağı; aksi halde tahkim yargılamasının sona ereceği de belirtilmiştir.

V. TAHKİM YARGILAMASINI SONA ERDİREN DİĞER SEBEPLER

Her ne kadar “Hakem Kurulunun Karar Verme Usûlü ve Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi” başlıklı 13. maddede yer verilmemiş de olsa MTK'nın 11. maddesinin C bendinde, davacının, geçerli bir neden göstermeksizin dava dilekçesini süresi içinde vermemesi halinde de hakem veya hakem kurulunun tahkim yargılamasına son vereceği düzenlenmiştir. Buna karşın, davalının cevap dilekçesini vermemesi durumunda, bu durum davacının iddialarının kabulü olarak değerlendirilmeyip yargılamaya devam edilir. Ayrıca dava dilekçesinin MTK'nın 10 uncu maddenin (D) fıkrasının birinci paragrafına uygun olmaması ve eksikliğin hakem veya hakem kurulunca belirlenecek süre içinde giderilmemesi halinde de hakem veya hakem kurulu tahkim yargılamasına son verir. Diğer yandan, dava dilekçesinde dava konusuna yer verilmemişse ancak talep sonucu açıkça belirtilmiş ise, dava konusuna ilişkin eksiklik dolaylı yoldan tamamlanmış sayılabilecektir.^[75] Böyle bir durumda bu eksikliğin bir sorun yaratmayacağı ve tahkim yargılamasına devam edilebileceği söylenebilir. Nitekim, dava konusu ile davacının talep sonucunun özdeş olduğu belirtilmektedir.^[76] Ayrıca bu tür bir eksiklik, hakemler tarafından davayı aydınlatma ödevi kapsamında da tamamlanabilir.

[75] HMK bakımından değerlendirme için bkz. Arslan, Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz, *Medenî Usûl*, 318.

[76] İlhan E. Postacıoğlu, Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 7. baskı (İstanbul: Vedat, 2015), 413-414.

SONUÇ

Tahkim yargılaması sonucunda, esas itibariyle beklenen, hakemlerin, taraflar nezdinde bağlayıcı nitelikte bir karar vermeleri ve uyuşmazlığı esastan çözüme bağlamalarıdır. Bir hakem kararında hangi konuların ele alınması gerektiğine MTK'nın 14. maddesinde yer verilmiştir; anılan madde uyarınca kararda, tarafların ve varsa temsilcileri ile vekillerinin ad ve soyadları, unvanları ve adresleri belirtilmelidir. Kararın dayandığı hukukî sebepler ile gerekçesi ve tazminata ilişkin istemlerde hükmedilen tazminatın miktarı, tahkim yeri ve kararın tarihi, kararı veren hakem veya hakem kurulunun ad ve soyadları, imzaları ve karşı oyları ile karara karşı iptal davası açılabilirliği noktalarına da mutlaka yer verilmelidir. MTK'da açıkça anılmamış olsa da kararda yargılama giderleri ve avukatlık ücreti; faiz ve faizin işlemeye başladığı tarih gibi konulara da yer verilmesi uygun olur.

Kararda yer alması gerekli önemli unsurlardan biri de gerekçedir. Gerekçeli hakem kararı, adil yargılamanın bir gereğidir. Taraflar, iddia ve savunmalarının nasıl sonuca bağlanmış olduğunu gerekçede görebileceklerdir. Tatminkâr bir gerekçenin yanı sıra hakem kararının içerdiği konuların birbirleriyle tutarlı olması ve kararda, çelişen konulara yer verilmemesi gerektiğinin altını çizmek gerekir.

Kural olarak hakem kararını vermekle hakemlerin görevi sona erer; ancak MTK m. 14/B'de de belirtildiği üzere, "Taraflardan her biri, hakem kararının kendisine bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, hakem veya hakem kuruluna başvurarak; hakem kararında bulunan hesap, yazı ve benzeri maddî hataların düzeltilmesini; kararın tümünün veya bazı bölümlerinin yorumlanmasını isteyebilir."

MTK'nın 13/ B hükmü kapsamında nihai hakem kararının verilmesinin yanı sıra tahkim yargılamasını sona erdiren başka sebeplere de yer verilmiştir. Bunlardan ilki, tahkim davasının davacı tarafça kısmen ya da tamamen geri alınmasıdır. Davanın, geri alınması durumunda dava hiç açılmamış sayılır ve dava açılması ile doğan sonuçlar geçmişe etkili olarak hiç doğmamış sayılır. Davalının, davanın geri alınmasına karşı çıkması durumunda ise hakem ya da hakem kurulu, davalının davanın geri alınmaması yönünde hukuki bir yararı olup olmadığını araştırmalıdır. İtiraz üzerine hukuki yarar incelemesi yapan hakem veya hakem heyeti, yararın mevcut olduğuna karar verirse davacı davasını tek taraflı olarak geri alamamış olacaktır. Dolayısıyla hakemlerin

inceleme sürecini başlatan, davalının itirazıdır. Davalı tarafından, davanın geri alınmasına herhangi bir itirazda bulunulmaz ise hakem heyeti re'sen harekete geçerek hukuki yarar incelemesi yapamayacaktır.

Tahkim yargılamasını sona erdiren bir başka neden ise tarafların aralarındaki uyuşmazlığı anlaşma yoluyla sona erdirmeleri- yani sulh olmalarıdır. Taraflar, tahkim yargılaması devam ederken sulh olmaya karar verirlerse bu yöndeki iradeleri bir sözleşmeye konu edilebilir veya taraflar hakemlerden, aralarındaki sulh sözleşmesinin bir hakem kararı olarak tespitini isteyebilirler. Sulhun, hakemler tarafından bir hakem kararı olarak tespiti anlamlı olacaktır. Zira hakemler huzurunda yapılmayan sulh, salt maddi hukuk hükümlerine tabidir.

MTK m. 13/B/ 3 uyarınca hakemlerce tahkim yargılamasının sürdürülmesinin gereksiz ya da imkânsız olduğuna karar verilmesi de davayı sona erdiren sebeplerden biridir. Davanın sürdürülmesinin gereksiz olacağı bir durum, davalının dava konusu borcu ödemesi ve davanın konusuz kalmasıdır. Ayrıca, dava konusu taşınır malın davacıya teslimi veya dava konusunun elde edilmesinin olanaksızlaşması halinde de yargılama sona erer. Böyle bir durumda, esas hakkında yargılama yapılmasına ve hüküm verilmesine gerek kalmayacak; hakemlerce esas hakkında hüküm verilmesine yer olmadığına karar verecektir.

Tahkim süresinde hakem kararının verilmemiş olması da yargılamayı sona erdiren bir başka nedendir. MTK m. 10/B uyarınca taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa tahkim süresi 1 yıl olarak düzenlenmiştir. Bu süre yeterli olmayacaksa süre uzatımı gündeme gelir. Süre uzatımına hakemler karar veremez. Süre uzatımı söz konusu değilse ve süresinde hakem kararı verilmemişse yargılama sona erer.

Hakemlerin oy birliği ile karar vermeleri taraflarca zorunlu kılınmışsa ve hakemlerce oybirliği ile karar verilmemişse bu durum da tahkim yargılamasını sona erdirir. MTK m. 13/A uyarınca eğer tarafların bu konuda özel olarak bir iradeleri yoksa, hakemler oyçokluğu ile karar verebilir. MTK uyarınca oyçokluğunun sağlanamaması durumunda, baş hakemin kararı tek başına verebilmesi gibi bir olasılığa yer verilmemiş olması eleştirilebilir. Bu soruna bir çözüm olarak oyçokluğunun sağlanamaması üzerine baş hakemin tek başına karar verebilmesi yönünde bir kanun değişikliği düşünülebilir.

Tahkim yargılamasını sona erdiren nedenlerden bir diğeri ise taraflardan birinin taraf olma niteliğini kaybetmesidir. Bir taraf, davanın açıldığı anda taraf ehliyetine sahip olmasına karşın, yargılama sırasında ehliyetsiz duruma gelebilir.

MTK m. 16/C'de hakem veya hakem kurulunun, davacı taraftan yargılama giderleri için avans yatırmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Davacının da avans yatırmaktan kaçınması söz konusu olduğunda ise tahkim yargılaması sona ermelidir.

Son olarak, Hakem Kurulunun Karar Verme Usûlü ve Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi” başlıklı 13. maddede yer verilmemiş de olsa MTK'nın 11. maddesinin C bendinde, davacının, geçerli bir neden göstermeksizin dava dilekçesini süresi içinde vermemesi halinde de hakem veya hakem kurulunun tahkim yargılamasına son vereceği düzenlenmiştir. Ayrıca dava dilekçesinin 10 uncu maddenin (D) fıkrasının birinci paragrafına uygun olmaması ve eksikliğin hakem veya hakem kurulunca belirlenecek süre içinde giderilmemesi halinde de hakem veya hakem kurulu tahkim yargılamasına son verir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. İstanbul: Vedat, 2021.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz ve Sema Taşpınar. *Medenî Usûl Hukuku*. 2. Baskı. Ankara: Yetkin, 2016.
- Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2. Baskı. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2014.
- Born, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Hague: Wolters Kluwer, 2012.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medenî Usûl Hukuku*. 5. Baskı. İstanbul: Filiz, 2021.
- Craig, W. Laurence, William W. Park ve Jan Paulsson *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3. Baskı. New York: Oxford University Press, 2000.
- Doğa Elçin. *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Sulh*. Ankara: Turhan, 2019.
- Görgün, Şanal, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu. *Medenî Usûl Hukuku*. 8. Baskı. Ankara: Yetkin, 2019.
- Kalpsüz, Turgut. *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*. 2. Baskı. Ankara: Yetkin, 2010.
- Kaplan, Yavuz. *Milletlerarası Tahkimde Usûle Aykırılık*. Ankara: Seçkin, 2002.
- Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis ve Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer, 2013.
- Pekcanitez, Hakan, Muhammet Özokes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz. *Medenî Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Sümer Altay. *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*. 7. baskı, İstanbul: Vedat, 2015.
- Redfern, A., M. Hunter, M., N. Blackby N. and C. Partasides. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London: Thomson Sweet and Maxwell, 2004.

Sammartano, M. *International Arbitration Law and Practice*. 2. Baskı. Hague: Kluwer Law International, 2001.

Özel, Sibel. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*. İstanbul: Legal, 2008.

Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.

Tanrıver, Süha. “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, *MHB*, 17-18, 1-2 (1997-1998): 467-491.

Weigand, Frank-Bernd ve Antje Baumann. *Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration*. 3. Baskı. Oxford: Oxford University Press, 2019.

<https://iccwbo.org/>

www.karara.com.tr

www.kazanci.com.tr

http://translex.uni-koeln.de/602000/_/swiss-international-private-law-/#head_87

Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Damga Vergisi Karşısındaki Konumu

İdris Hakan FURTUN*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğretim Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Mali Hukuk ABD Öğretim Üyesi. (hakanfurtun@gmail.com)
ORCID ID: [0000-0001-5613-1999](https://orcid.org/0000-0001-5613-1999)

Makale geliş tarihi: 6 Haziran 2022 **Makale kabul tarihi:** 20 Haziran 2022

Atıf önerisi: Furtun, İdris Hakan. “Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Damga Vergisi Karşısındaki Konumu.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 3 (Temmuz 2022): 421-436. **DOI:** [10.30915/abd.1161104](https://doi.org/10.30915/abd.1161104).

BELEDİYE İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN DAMGA VERGİSİ KARŞISINDAKİ KONUMU

ÖZ

Günümüzde Türkiye’de özelleştirmeler ile kamu iktisadi teşebbüslerinin sayısı azalmış olsa da belediyeler tarafından kurulan iktisadi teşebbüsler sürekli artış göstermektedir. Belediyeler tarafından kurulan ve sermayeleri de belediyeler tarafından sağlanan bu kuruluşlar çok sayıda personel çalıştırmakta ve önemli bir iktisadi işlem hacmi gerçekleştirmektedir. Damga vergisi hukuki muameleler için düzenlenen kâğıtlar nedeniyle gündeme gelen bir hukuki muamele vergisidir. Damga Vergisi Kanunu’nda belediyelerin de içinde yer aldığı resmi daireler bu vergiden muaf kılınmış ve bunlar ile kişiler arasında düzenlenecek kâğıtların damga vergisinin işlemin diğer tarafı olan kişilerce ödeneceği düzenlenmiştir. Belediye iktisadi teşebbüslerinin de bu muafiyet kapsamında bulunup bulunmadığı ile bunların gerçekleştirdikleri iktisadi muamelelere dair kâğıtların damga vergisinin kim tarafından ödeneceği zaman zaman uygulamada ve yargı kararlarında tartışma konusu olmaktadır. Bu çalışma belediye iktisadi teşebbüslerinin damga vergisi karşısındaki konumunu açıklamaya çalışmaktadır.

Anahtar kelimeler:

belediye iktisadi işletmeleri

damga vergisi

vergi muafılığı

resmi daire

kamu iktisadi teşebbüsleri

THE POSITION OF MUNICIPAL ECONOMIC ENTERPRISES AGAINST STAMP DUTY

ABSTRACT

Although the number of state-owned enterprises has decreased with the privatizations in Turkey today, economic enterprises established by municipalities are constantly increasing. These companies, which are established by the municipalities and whose capitals are also provided by the municipalities, employ a large number of personnel and realize a significant economic transaction volume. Stamp duty is a legal transaction tax that comes to the fore due to the papers issued for legal transactions. In the Stamp Duty Act, no 488, government offices, including the municipalities, are exempted from this duty and it was regulated that the stamp duty of papers to be issued between government offices and individuals would be paid by the persons who are the other party of the transaction. Whether municipal economic enterprises are also within the scope of this exemption and who will pay the stamp duty on the documents regarding the economic transactions they carry out are a matter of debate from time to time both in practice and in judicial decisions. This study tries to explain the position of municipal economic enterprises against stamp duty.

Keywords:

municipal economic enterprises

stamp duty

tax exemption

government office

state-owned enterprises

GİRİŞ

Günlük hayatımızda büyük önemi olan yerel kamu hizmetlerinin sunulmasının bir yöntemi de belediyeler tarafından iktisadi teşebbüsler oluşturularak bunlar vasıtasıyla yerel ortak ihtiyaçların karşılanmasıdır. Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve Belediye Kanunu'nun ilgili hükümlerine istinaden kurulan bu iktisadi işletme ve şirketler belediyeler tarafından, belediyelere bağlı olarak kurulsun ve bunların gereksinim duydukları sermaye belediyeler tarafından karşılanırsa dahi bunların çoğunlukla belediye kamu tüzel kişiliğinden ayrı bir hukuki kişiliği ve iktisadi varlığı bulunmaktadır. Çalışmamızda öncelikle belediye iktisadi teşebbüsleri ele alınacak, ardından genel nitelikte bir hukuki muamele vergisi olarak damga vergisinin mükellef unsuru ortaya konulacak, daha sonra damga vergisi karşısında belediye iktisadi teşebbüslerinin pozisyonu irdelenecek, son olarak da konuya dair bir genel değerlendirmede bulunulacaktır.

I. BELEDİYE İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİ

Yerel düzeyde vatandaşların en sık muhatap oldukları kamu yönetimi birimi olan ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 127. maddesinde belde halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarının karşılanması için kanunla kurulmuş kamu tüzel kişisi biçimindeki bir yerel yönetim birimi olarak düzenlenen belediyelerin belde düzeyindeki kamusal ihtiyaçların karşılanması açısından yeri ve önemi tartışılmaz olup, belediyeler bu hizmetleri çoğu kez çeşitli kamusal hizmetleri bizzat sunarak bazen de bunların sunulmasına yönelik ekonomik girişimlerde bulunmak suretiyle dolaylı biçimde yerine getirmektedirler.

Ülkemizde belediyelere dair temel yasal düzenlemeler 5393 sayılı Belediye Kanunu ile 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu olup bu yasalarda belediyelerin yetki, görev sorumlulukları ayrıntılı biçimde düzenlemeye kavuşturulmuştur. Belirtilen yasaların çeşitli hükümlerinde (5393 sayılı Kanun madde 70 ve 71, 5216 sayılı Kanun madde 26) mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması kapsamında belediyelere faaliyet alanları belediyelerin görev ve hizmet alanları ile sınırlı olan iktisadi işletme veya şirketler kurabilme yetkisi tanınmıştır. Bu yasal dayanağa istinaden belediyeler tarafından çeşitli

amaç ve sebeplerle^[1] kurulan ve sermayeleri de kamu kaynakları kullanılarak yine belediyelerce temin edilen bu ekonomik girişimlere Belediye İktisadi teşebbüsleri adı verilmektedir. Kısaca BİT olarak da adlandırılan belediye iktisadi teşebbüsleri çoğu kez özel hukuk hükümlerine göre ve 6012 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş bir sermaye şirketi hukuki biçiminde kurulmaktadır.

20. yüzyılın sonlarına doğru özellikle Batı Avrupa ülkelerinde belediyeler tarafından iktisadi, ticari ve sınaî teşebbüsler kurulmaya başlanmış ve bu bağlamda klasik belediye yönetim ve işletme şekillerinde zamanla yaşanan değişme ve gelişme neticesinde “özel hukuk hükümlerine tabi karma ekonomik şirketler” yerel yönetim hizmet alanlarında daha sık yararlanılmaya başlanan bir biçim haline gelmiştir.^[2] Türkiye’de belediye iştiraki ile ilk şirket 1924 yılında Ankara’da kurulmuş ve zaman içinde bu şirketler ülkedeki tüm belediyelere yayılmıştır.^[3] Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca 2006 yılında bir soru önergesine verilen cevaptaki bilgiler Türkiye’de bu tarih itibarı ile belediyelerce kurulan veya iştirak olunan şirket sayısının 337 olduğunu, bu şirketlerden 119’unun ilçelerde, 218’inin ise il merkezlerinde faaliyette bulunduğunu ortaya koymuştur.^[4] Aradan geçen zaman zarfında bu sayının katlanarak artmış olabileceği pek muhtemeldir.

[1] Bu amaç ve sebepler belediye hizmetlerinde etkinlik sağlamak, merkezi yönetimin vesayet yetkisi ve denetiminden kurtulmak ile mali açıdan özerk olmak, personel temini ve istihdamında daha serbest hareket etme olanağı elde etmek, gelir artırmada yeni kaynaklar oluşturmak, yerel sermayeyi harekete geçirmek ve rekabet ortamı sağlamak, özel girişimcilere giden kamu fonlarının bir kısmını iktisadi teşebbüsler aracılığı ile tekrar belediyeye kazandırmak gibi olabilmektedir. Yüzer, Ferit, “Türkiye’de Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Denetiminin Hizmet Etkinliği Yönünden Değerlendirilmesi,” (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi , 2010), 90-100.

<https://acikerisim.deu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/10751/265933.pdf?sequence=1&isAllowed=y> son erişim 05.06.2022

[2] Enis Yeter, “Belediyelerin İktisadi ve Ticari Teşebbüsleri,” *Türk İdare Dergisi*, no. 400, (Eylül, 1993): 79; Yüzer, *Türkiye’de Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Denetiminin Hizmet Etkinliği Yönünden Değerlendirilmesi*, 86.

[3] Yüzer, “Türkiye’de Belediye İktisadi Teşebbüsler,” 87.

[4] Yüzer, “Türkiye’de Belediye İktisadi Teşebbüsler,” 87-8.

Günümüzde belediye iktisadi teşebbüslerinin ciroları faaliyette buldukları beldelerin yanında ülke genelinde de çok büyük rakamlara ulaşmaktadır. Yapılan bir araştırmada İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne ait belediye iktisadi teşebbüslerinin brüt satışları toplamının, İstanbul ili genelindeki tüm yerel yönetimlerin toplam ekonomik hacmi içindeki oranının beşte birin biraz üzerinde (yaklaşık %22) olduğunu ortaya koymaktadır.^[5] Birçok bakanlığın bütçesinden fazla olan 8,5 milyar TL üzerindeki bu rakamın İstanbul Büyükşehir Belediyesinin bütçe gelirleri toplamını aşmakta olduğu, İstanbul ilçe belediyeleri bütçe gelirleri toplamının da biraz altında kaldığı görülmektedir. Benzer durum Ankara, İzmir, Bursa, Antalya gibi büyükşehirler bakımından söz konusu olabilecektir.

5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 3/a maddesi uyarınca bu Kanunun uygulanmasına özgün olarak belediyeleri de içerecek şekilde mahalli idareler genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri arasında sayılmış olup, aynı yasanın 2. maddesi uyarınca belediyelerin mali yönetim ve kontrolü de 5018 sayılı yasa kapsamında bulunmaktadır. Ayrıca belirtilen yasanın "sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idareler" başlıklı 77. Maddesinin birinci fıkrasında da "sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idare bütçelerinin hazırlanması ve uygulanması ile diğer malî işlemleri, bu Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, ilgili kanunlarındaki hükümlere tâbidir. Ancak, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerin ayrıntılı harcama programları ile finansman programları bütçeleriyle birlikte hazırlanır, görüşülür ve onaylanır. Ödenekler de bu usul ve esaslara göre kullanılır" hükmüne yer verilmiştir. Tüm bu düzenlemeler uyarınca bütçe uygulamaları ve mali işlemleri bakımından bir mahalli idare birimi olan belediyeler hakkında kural olarak 5018 sayılı kanun hükümlerinin uygulanacağı anlaşılmaktadır.. Bu durumla birlikte özellikle de bir özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuş

[5] Mehmet Bayrak ve Ferhat Karağaç, *İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin ve İlçe Belediyelerinin İktisadi Hacmi, Mali Özerklik ve Sermaye Birikim Rejimi*, 19. https://www.academia.edu/11879083/%C4%B0STANBUL_B%C3%99CY%C3%99CK%C5%9EEH%C4%B0R_BELED%C4%B0YES%C4%B0_N%C4%B0N_VE_%C4%B0L%C3%87E_BEL_ED%C4%B0YELER%C4%B0N%C4%B0N_%C4%B0KT%C4%B0SAD%C4%B0_HACM%C4%B0_MAL%C4%B0_%C3%96ZERKL%C4%B0K_VE_SERMAYE_B%C4%B0R%C4%B0K%C4%B0M_REJ%C4%B0M%C4%B0
Erişim tarihi 05.06.2022

belediye iktisadi teşebbüsleri bütçe uygulamaları ve mali işlemleri açısından kural olarak 5018 sayılı kanuna tabi bulunmamaktadırlar.

Belediye iktisadi teşebbüsleri kuruldukları beldelerde kendi bünyelerinde çalışan personeli veya iktisadi ilişkide buldukları üçüncü kişiler ile hukuki ilişkiler kurmakta ve bu ilişkiler bağlamında damga vergisi konusuna giren birçok kâğıt düzenlemektedirler. Bu kâğıtların damga vergisine tabi olup olmadığı, damga vergisine tabi ise belediye iktisadi teşebbüslerinin bu vergi açısından konumlarının ne olduğuna dair uygulamada ve yargı kararlarından zaman zaman sorunlar yaşanmaktadır.

II. DAMGA VERGİSİ

Türk vergi sistemine Osmanlı vergi sisteminden aktarılan ve hem getirdiği yüksek hasılat tutarı hem de tahsil usulündeki pratiklik nedeniyle devlet için vazgeçilmez bir mali yükümlülük niteliği taşıyan damga vergisi genel bir vergi konumundadır. Diğer bir deyişle bu verginin düzenlendiği 488 sayılı yasa metninde açıkça belirtilmedikçe veya yasaya ekli 2 sayılı tabloda bu vergiden istisna edilmiş kâğıtlar arasında yer almadıkça ya da diğer yasalar ile bu vergiden bağışık kılınmadıkça bu vergiye konu edilmiş tüm kâğıtlar ile bu kâğıtları düzenleyen herkes damga vergisi ile yükümlendirilecektir.

Vergi hukukunda mükellef, yasada belirtilmiş vergiyi doğuran olayı kendi kişiliğinde gerçekleştirip vergi konusu ile ilişki kuran bu durum nedeniyle hakkında vergi borcu doğan ve bu borcu kendi malvarlığından ödemek ve diğer vergisel ödevleri yerine getirmek zorunda olan vergi ödevlisi olarak tanımlanabilir. Vergilendirme yetkisine münhasıran sahip olan yasama organı yasalar ile vergi yükümlülüğü getirebileceği gibi vergi kolaylıkları da tanıyabilir. Vergi kolaylıkları vergi muafiyet, istisnası veya indirimi biçiminde olabilir. Muafık ya da muafiyet yükümlü unsuru bakımından getirilmiş bir vergi kolaylığı olup yasa koyucunun bazı kişi ya da kuruluşları yükümlülük kapsamı dışında bırakmasıdır. Vergi istisnası ise verginin konu unsuru bakımında getirilmiş bir vergi kolaylığıdır. Vergiden istisna edilmek suretiyle vergi konusu kapsamında bulunması gereken bazı hususlar vergiye tabi tutulmaz.

Damga Vergisi Kanunu'nun "mükellef" başlıklı 3. maddesinde damga vergisinin mükellefi bu vergiye tabi olan kâğıtları imza edenler olarak belirtilmiş ancak aynı maddenin ikinci cümlesinde ise "Resmi dairelerle kişiler

arasındaki işlemlere ait kağıtların Damga Vergisini kişiler öder” hükmüne yer verilmiştir. Damga vergisine dair resmi dairelere tanınmış bir muafılığı ifade eden bu hüküm açısından resmi daireden ne anlaşılacağı ise 492 sayılı yasanın 8. maddesinde yer alan “Bu kanunda yazılı resmi daireden maksat, genel ve özel bütçeli idarelerle, il özel idareleri, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlıkları, belediyeler ve köylerdir. Bu dairelere bağlı olup ayrı tüzel kişiliği bulunan iktisadi işletmeler resmi daire sayılmaz” düzenleme ile açıklığa kavuşturulmuştur. Bu hükme rağmen uygulamada resmi daireden ne anlaşılması gerektiği hususunda bazen belirsizlik yaşanmakta özellikle bu maddede sayılan resmi daireler ile bağlantılı kurum, teşebbüs, iştirak ve müesseselerin de resmi daire sayılarak damga vergisinden muaf olup olmadıkları zaman zaman tartışılmaktadır.

Vergi idaresi çıkarmış olduğu (önce bugün için güncelliği kalmayan 1 daha sonra ise 44 Seri No’lu) Damga Vergisi Kanunu Genel Tebliği ile yasanın 3 ve 8. maddelerinin uygulamasını açıklamaya çalışmıştır. Damga Vergisi Kanunu’nun 8. maddesine 7338 sayılı Kanun’un 53. maddesiyle 26.10.2021 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere “yatırım izleme ve koordinasyon başkanlıkları” ibaresi eklenmiştir. Yatırım izleme ve koordinasyon başkanlıkları ise “Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik” te görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esaslarını düzenlenen büyükşehir belediyelerinin bulunduğu illerde valiye bağlı olarak kurulan kuruluşlardır. Yasanın 8. Maddesi uyarınca 488 sayılı kanunu anlamında resmi daire sayılan kuruluşlara bağlı olup da ayrı tüzel kişiliği bulunan iktisadi işletmeler resmi daire sayılmaz. Bu bağlamda büyükşehir belediyeleri veya il veya ilçe belediyeleri tarafından kurulan belediye iktisadi teşebbüslerinin bağlı oldukları belediyelerden ayrı bir tüzel kişilikleri bulunduğundan (zira bu işletmelerin büyük çoğunluğu özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olup Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi bir sermaye şirketi–çoğu kez de bir anonim şirket–hukuki biçiminde kurulmuştur!) bunlar resmi daire sayılmayacak ve bu teşebbüsler ile kişiler arasındaki yapılan hukuki işlemlere dair düzenlenen kağıtların damga vergisi mükellefi imzacı kişiler ile birlikte bu kuruluşlar da olacaktır.

III. DAMGA VERGİSİ KARŞISINDA BELEDİYE İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN KONUMUNUN İRDELENMESİ

Kendilerini kuran belediyelerden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip belediye iktisadi teşebbüslerinin damga vergisi karşısındaki hukuki konumu yukarıda belirtildiği müteselsil ve müşterek damga vergisi mükellefiyeti biçiminde olsa da gerek uygulamada gerekse yargı kararlarında (bazı Sayıştay kararları) bazen bu konuda sorunlar yaşanmaktadır. Bu sorunların bir kısmı bağlı oldukları belediyeler ile iktisadi ve idari açılardan çok sıkı ilişkileri bulunan belediye iktisadi teşebbüslerinin bu durum nedeniyle 488. Sayılı Damga Vergisi Kanunu'nun 8. maddesini ihmal etmeleri veya bilerek görmezden gelmeleri ile ilgili Damga Vergisi Kanunu Genel Tebliğlerinde “*resmî daire deyimi 8 inci maddede, açık bir şekilde tarif edilmiştir. Madde metni yeter derecede vazıh olduğundan herhangi bir izahata lüzum görülmemiştir*” ifadesine yer vermek suretiyle bu yasa maddesinin nasıl uygulanacağına dair açıklama yapmaktan imtina eden vergi idaresinin bu konuda kendisine özgelge/mukteza yolu ile başvurulduğunda açık olmayan ve çelişkili görüşler ileri sürmesinden kaynaklanmaktadır. Yine uyumsuzluklar konusu hususlarda verilen bazı Sayıştay ilamlarında da muğlak ifadelerle yer verilmesi de bu sorunların varlığını sürdürmesine yol açıp bunları daha da karmaşık hale getirmektedir.

Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından verilen 03.04.2015 tarih ve 90792880–155.01.05.01[2014/3246]-379 sayılı Özelgede özetle; “*Damga vergisi uygulaması bakımından kanunda tanımlanan resmi dairelere bağlı olmakla birlikte ayrı tüzel kişilik ve iktisadilik vasıflarından her ikisini birden haiz olan kuruluşlar resmi daire olarak kabul edilmemekte, buna karşılık bu iki özellikten herhangi birisine sahip olmayan kuruluşlar resmi daire olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, iktisadilik vasfını haiz işletmenin bağlı olduğu ... Belediye Başkanlığından ayrı tüzel kişiliğinin bulunmaması halinde, 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nun 8'inci maddesine göre resmi daire kapsamında değerlendirilmesi gerekmekte olup, yapılmış olunan mal ve hizmet alımlarına ilişkin ödemeler (hakediş, avans, vb.) nedeniyle düzenlenen kâğıtların damga vergisine tabi tutulması gerekmektedir*” şeklinde görüş bildirilmiştir.^[6] Bu özelgede her ne kadar bağlı bulunduğu belediyeden ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan belediye iktisadi

[6] İnanç Ergün, “Damga Vergisinde Özellikli Durumlar,” (Vergi Raporu Dergisinin Ücretsiz Eki, 2017), 74. [https://vergiraporu.com.tr/upImage/org/\(2017\)%20](https://vergiraporu.com.tr/upImage/org/(2017)%20)

işletmesinin mal ve hizmet alımlarına ilişkin ödemelerinin damga vergisine tabi olmadığı belirtilmişse de belediye iktisadi işletmelerinin halihazırda tüzel kişiliği haiz sermaye şirketleri biçiminde kurulmaları nedeniyle ilgili özelge 488 sayılı yasanın 8. maddesinin uygulanması açısından karışıklıklara yol açabilecek niteliktedir. Uygulamayı tartışmalı kılan diğer bir özelge ise Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından verilen 19.06.2013 tarih ve 90792880–155.01.03.01[2013/2455]-587 sayılı Özelge olup burada özetle; “... Büyükşehir Belediyesi tarafından sermaye şirketi şeklinde kurulan, kamu tüzel kişiliğini haiz kurum ya da resmi daire olmayan şirket tarafından alınacak ihale kararının damga vergisine tabi tutulmaması gerekmektedir.” şeklinde görüş bildirilmiştir.^[7] Özü itibarı ile doğru olan ve idare niteliği taşımayan belediye iktisadi teşebbüslerinin yaptıkları ihaleler nedeniyle verilen ihale kararlarının damga vergisine tabi olmadığını belirten bu özelge de ifade edilişinden dolayı sanki bu kuruluşların da 488 sayılı yasanın 8. maddesi kapsamında vergiden muaf bir resmi daire olduğu izlenimi yaratmaktadır.

Bir çalışan ile bir belediyenin personel şirketi arasında 31.12.2018 tarihinde imzalanan bir yıllık personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı sözleşmesinden doğan sözleşme damga vergisinin tahsil edilmemesine ilişkin olarak verilen Sayıştay 8. Dairesi'nin 2019/216 No'lu kararını bu hususta incelemekte fayda vardır. Söz konusu kararda “resmi daire olarak sayılmayan ve belediyenin kamu tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliği bulunan belediye şirketinin, alınması gereken sözleşme damga vergisinin mükellefi olduğu” ifadesine yer verilmekle birlikte “yapılan incelemede çalışan ile şirket arasında imza edilen personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı sözleşmesinde KDV hariç her türlü ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç gibi giderlerin sözleşme bedeline dâhil olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, sözleşme damga vergisi sözleşme bedeline dâhil giderler arasında sayılmıştır. Yani imza edilen sözleşmenin, ‘sözleşme bedeline dâhil olan giderler’ maddesi ile KDV hariç tüm vergilerin sözleşme bedeline dâhil olduğu, idarenin sadece KDV kapsamında sorumluluğunun bulunduğu, diğer vergilerin sözleşme bedeline dahil olup, yüklenicinin sorumluluğunda olduğu düzenlenmiştir” hükmüne yer verilerek belediye iktisadi teşebbüsü olan şirket hatalı olarak belediye ile eş tutulmuş ayrıca bu karar ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun

[damga%20vergisinde%20%C3%B6zellikli%20durumlar8f6f4a8f6f4a.pdf](#) erişim 05.06.2022

[7] Ergün, “Damga Vergisinde Özellikli Durumlar,” 144.

8. Maddesinde yer alan “*Vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna müteallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz*” düzenlenmesi de ihlal edilmiştir.

Damga Vergisi Kanunu’nun 8. Maddesinin uygulanmasına dair yaşanan sorunun çözümünde esas alınacak iki temel ölçüt bağlı olunan kurum veya kuruluştan ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmak ve ayrı bir iktisadi işletme oluşturmaktır. Bu bağlamda yasada resmi daire sayılan kuruluşlara (çalışmamız özelinde belediyelere!) bağlı olup da ayrı bir tüzel kişiliği bulunan iktisadi işletmelerin resmi daire addedilmemesi, buna karşılık bu kuruluşlara bağlı olan ancak ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan birimlerin ise resmi daire sayılması ve dolayısıyla bunların damga vergisinden muaf sayılmasıdır.^[8]

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Günümüzde belediye iktisadi teşebbüsleri (BİT) olarak adlandırılan belediyeler tarafından Büyükşehir Belediye Kanunu ve Belediye Kanunu hükümlerine istinaden ve çoğu kez 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi bir sermaye şirketi hukuki biçiminde kurulan iktisadi işletmelerin gerek belde gerekse de ülke düzeyinde ekonomik ağırlığı artmış olup bu kuruluşlar gerçekleştirdikleri birçok hukuki işlem nedeniyle düzenlenen kâğıtlar vasıtası ile damga vergisi ile ilişki kurmaktadır. 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu’nun 3. maddesinde resmi dairelerle kişiler arasındaki hukuki işlemlere dair düzenlenen kâğıtların damga vergisinin kişilerce ödeneceği hükme bağlanarak resmi daireler bu vergiden muaf kılınmıştır. İlgili yasanın 8. maddesinde ise Damga Vergisi Kanunu açısından resmi daire kavramı neyin ifade edildiği açıklanmış ve bu kanun uygulaması bakımından resmi dairelerin genel ve özel bütçeli idareler ile il özel idareleri, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlıkları, belediyeler ve köylerden oluştuğu açıkça hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise olası tereddütleri gidermek üzere 488 sayılı yasa anlamında resmi dairelere bağlı olup ayrı tüzel kişiliği bulunan iktisadi işletmelerin ise bu kanun uygulaması açısından resmi daire sayılmayacağı hükmüne yer verilmiştir.

[8] İdris Hakan Furtun, *Damga Vergisi ve Harçlar Bilgisi*, Ders Notları https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/15493/mod_resource/content/1/Adalet%20MYO%20DVHB%20d%C3%B6rd%C3%BCnc%C3%BC%20hafta.pdf erişim 05.06.2022

Belediye iktisadi teşebbüslerinin eğer bağlı oldukları belediye tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliği bulunmuyorsa örneğin bu iktisadi işletmeler bir döner sermaye işletmesi biçiminde ise bunlar resmi daire sayılacak dolayısı ile bunlar ile kişiler arasında yapılan hukuki işlemlere ilişkin olarak düzenlenen kağıtların vergisi kişiler tarafından ödenecektir. Böyle bir durumda bu belediye iktisadi işletmesinin Damga Vergisi Kanunu'nun 24. Maddesi uyarınca sadece vergi sorumluluğu söz konusu olacak ve resmi daire sayılması nedeniyle damga vergisinden muaf kuruluş sayılacak tüzel kişiliği bulunmayan belediye iktisadi teşebbüsü ile kişiler arasından yapılan 488 sayılı yasaya ekli (1) sayılı tabloda yer alan işlemlerle ilgili olarak düzenlenen kâğıtlara ait damga vergisinin tamamı işlemin karşı tarafı olan kişiler tarafından ödenecek, ancak bu kâğıtlara ait verginin hiç ödenmemesi veya noksan ödenmesi halinde vergi ve cezanın tamamından kişilerle birlikte söz konusu belediye iktisadi teşebbüsü de müteselsilen sorumlu tutulacaktır. Zira 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nun "vergi ve cezada sorumluluk" başlıklı 24. maddesinin ikinci fıkrasında "Birden fazla kişi tarafından imza edilen kâğıtlara ait vergi ve cezanın tamamından imza edenler müteselsilen sorumludurlar. Bunlar arasında vergiden müstesna olanların bulunması Damga Vergisinin noksan ödenmesini gerektirmez. Damga Vergisinden muaf kuruluşlarca kişilerin (1) sayılı tabloda yer alan işlemleriyle ilgili olarak düzenlenen ve sadece bu kurumların imzasını taşıyan kâğıtlara ait verginin tamamı kişiler tarafından ödenir. Ancak bu kâğıtlara ait verginin hiç ödenmemesi veya noksan ödenmesi halinde vergi ve cezanın tamamından kişilerle birlikte kurumlar müteselsilen sorumludurlar" hükmü yer almaktadır. Yine aynı maddenin dördüncü fıkrasında da resmi daireler veya noterlerce düzenlenerek kişilere verilen veya dairede bırakılan ve damga vergisi hiç alınmayan veya noksan alınan kâğıtların damga vergisinin mükelleflere, cezasının ise düzenleyenlere ait olduğu hükme bağlanmıştır.

Buna karşılık belediye iktisadi teşebbüslerinin bağlı oldukları belediye tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliği varsa örneğin bu iktisadi işletmeler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na tabi bir sermaye şirketi hukuki biçiminde kurulmuşlarsa bu takdirde bu teşebbüsler resmi daire sayılmayacak dolayısı ile burada muafiyetten söz edilemeyecek bilakis bu teşebbüsler ile kişiler arasında yapılan hukuki işlemlere ilişkin olarak düzenlenen kâğıtların damga vergisi işlem karşı tarafı kişiler veya tüzel kişiliği haiz belediye iktisadi teşebbüsü tarafından müşterek-müteselsil mükellef sıfatı ile ödenecektir.

Görüldüğü üzere belediye iktisadi teşebbüslerinin damga vergisi yükümlüğü açısından belirleyici yegâne kriter bu işletmelerin bağlı oldukları belediyeden ayrı bir tüzel kişiliği bulunup bulunmamasıdır. Tüzel kişiliği bulunmayan belediye iktisadi teşebbüsleri resmi daire sayıldıkları için bunlar açısından damga vergisinin mükellefiyeti söz konusu olamayacak bu kuruluşlar sadece bu verginin sorumlusu olacaklardır. Buna karşılık tüzel kişiliği haiz belediye iktisadi teşebbüsleri ise 488 sayılı yasa uygulaması bakımından resmi daire sayılmayarak düzenledikleri damga vergisine tabi kâğıtların müteselsil-müşterek yükümlüsü sayılacaklardır.

KAYNAKÇA

- Bayrak, Mehmet ve Karaağaç, Ferhat. *İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin ve İlçe Belediyelerinin İktisadi Hacmi, Mali Özerklik ve Sermaye Birikim Rejimi*. Erişim 6 Haziran 2022. https://www.academia.edu/11879083/%C4%B0STANBUL_B%C3%9CY%C3%9CK%C5%9EEH%C4%B0R_BELED%C4%B0YES%C4%B0_N%C4%B0N_VE_%C4%B0L%C3%87E_BELED%C4%B0_YELER%C4%B0N%C4%B0N_%C4%B0KT%C4%B0SAD%C4%B0_HACM%C4%B0_MAL%C4%B0_%C3%96ZERKL%C4%B0K_VE_SERMAYE_B%C4%B0R%C4%B0K%C4%B0M_REJ%C4%B0M%C4%B0
- Furtun, İdris Hakan. *Damga Vergisi ve Harçlar Bilgisi Ders Notları*. Erişim 6 Haziran 2022. https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/15493/mod_resource/content/1/Adalet%20MYO%20DVHB%20d%C3%B6rd%C3%BCnc%C3%BC%20hafta.pdf
- İnanç, Ergün. “Damga Vergisinde Özellikli Durumlar.” Vergi Raporu Dergisinin Ücretsiz Eki, 2017.
- Yeter, Enis, “Belediyelerin İktisadi ve Ticari Teşebbüsleri”, *Türk İdare Dergisi*, Sayı 400, (Eylül 1993): 79-91. Erişim 6 Haziran 2022.
- Yüzer, Ferit. “Türkiye’de Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Denetiminin Hizmet Etkinliği Yönünden Değerlendirilmesi. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2010. Erişim 6 Haziran 2022.

Makaleler

Articles

Türkiye’de Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumunun Tarihi*

Ahmet Fatih DURMAZ**

Doruk KARAMAN***

Sena SASANI****

Salih DERİNGÖL*****

Hazal Eylem GÜNGÖR*****

* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi “HIST 200–Türkiye Tarihi” dersi kapsamında, Öğretim Görevlisi Turaç Hakalmaz danışmanlığında yapılan dönem projesidir.

** Bilkent Üniversitesi İşletme Fakültesi 3. sınıf öğrencisi.
(ahmetfatihdurmaz99@gmail.com) **ORCID ID:** [0000-0002-2047-0304](https://orcid.org/0000-0002-2047-0304)

*** Bilkent Üniversitesi Mühendislik Fakültesi 3. sınıf Elektrik-Elektronik Mühendisliği öğrencisi. **ORCID ID:** [0000-0001-5788-1038](https://orcid.org/0000-0001-5788-1038)

**** Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi 3. sınıf öğrencisi.
ORCID ID: [0000-0002-8751-1668](https://orcid.org/0000-0002-8751-1668)

***** Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi 3. sınıf öğrencisi.
ORCID ID: [0000-0002-9452-7502](https://orcid.org/0000-0002-9452-7502)

***** Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. sınıf öğrencisi.
ORCID ID: [0000-0001-5953-1840](https://orcid.org/0000-0001-5953-1840)

TÜRKİYE'DE REKABET HUKUKU VE REKABET KURUMUNUN TARİHİ

ÖZ

Rekabet, serbest piyasa ekonomilerinde tüketicinin korunması ve ekonomik refahın sağlanması açısından önemli bir kavramdır. Bu kavram, Türkiye'de 1970'li yıllarda gelişmeye başlayıp 1994 yılında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile hukuki zemine oturtulmuştur. Rekabet Kurumu ise Kanunun kabulünden 3 yıl sonra, 1997 yılında kurulmuştur ve günümüzde hâlen faaliyet göstermektedir. Rekabetin Türk piyasasındaki yeri ve Rekabet Kurumu, bugüne kadar farklı süreçlerden geçmiştir. Bu nedenle rekabet kavramı 1994 öncesi, 1994-1997 arası ve 1997 sonrası olmak üzere üç farklı dönemde incelenmiştir. Bu doğrultuda, önce rekabet kavramı daha sonrasında Rekabet Kurumunun kuruluşundan sonra getirilen düzenlemeler ve emsal kararlarla beraber Türkiye'deki rekabet kavramının tarihi anlatılmış ve emsal kararlarla işlevi gösterilmiştir.

Anahtar kelimeler

Rekabet Kurumu

Rekabet Hukuku

Türkiye'de rekabet

serbest piyasa ekonomisi

regülasyon

COMPETITION LAW IN TURKEY AND THE HISTORY OF THE COMPETITION AUTHORITY

ABSTRACT

Competition is a significant term required to protect the consumer and form economic welfare in a free-market economy. This term started to develop in the 1970s in Turkey, and with the enactment of the law named Law No. 4054 on the Protection of Competition in 1994, it was placed on a legal basis. The Competition Authority was opened three years after the law was enacted, and it is still functioning. Competition's place in the Turkish market and Competition Authority has experienced an ongoing process until today. Therefore, competition terms are analyzed in three-time periods; before 1994, between 1994 and 1997, and after 1997. Accordingly, first, the concept of competition, then the regulations and precedents brought after the establishment of the Competition Authority, together with the concept, and history of competition in Turkey, is explained, and its function is shown with precedents.

Keywords

Competition Authority

Competition Law

competition in Turkey

free market economy

regulation

GİRİŞ

Dünyada on dokuzuncu yüzyılın sonunda modern hukuk sistemlerine yasal düzenlemelerle entegre edilen, Türkiye’de ise ancak 1970’li yıllarda gelişmeye başlayan rekabet kavramı ve Rekabet Hukuku, modern ekonomilerde rekabetin sağlanması ve korunması hususunda önem arz etmektedir. Rekabetçi süreçlerin korunması, toplumsal refahın en çok ulaştırılması için bir araç konumundadır. Bu şekilde piyasaların daha iyi çalışması, tüketicilerin ise kendilerine sunulan fırsatlardan yararlanması mümkün olmaktadır.^[1] Türkiye’de bu alandaki gelişmeler doğrultusunda faaliyet göstermek üzere bağımsız idari otorite olan Rekabet Kurumuna da ihtiyaç duyulmuştur.

Bu çalışmada, 13 Aralık 1994 tarihinde yürürlüğe giren^[2] 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun hazırlanmasına doğru giden süreçte dünyada ve Türkiye’de Rekabet Hukuku ve rekabet düzenlemeleri ve bu tüm bu sürecin tarihi ele alınmıştır. Bu gelişmelerin devamında yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve bu Kanun ile birlikte kurulması öngörülen ancak 5 Kasım 1997 tarihinde faaliyete geçen Rekabet Kurumu; dönemin ekonomisi, Kurumun kuruluş amacı ve Kurumun yapısı gözetilerek incelenmiştir. Aktif bir biçimde faaliyet göstermeye devam eden Kurumun, 1997 yılı itibariyle görev yapan başkanları ve Rekabet Kurulunun verdiği ilk kararlar da bu çalışmanın kapsamında yer almaktadır. Son olarak da Kurumun geldiği nokta ve günümüzdeki çalışmalarından bahsedilerek, Kurumun tarihsel gelişiminin, görevlerini amacına uygun bir biçimde sürdürebilecek biçimde evrilip evrilmediği incelenerek muhtemel eksiklerine değinilmiştir.

Bu konunun araştırmaya değer bulunmasının sebebi, Rekabet Hukukunun modern ekonomilerde rekabetin korunması ve sağlanması hususunda önemli bir rol oynamasına rağmen, Türkiye’de ortaya çıkışı ve bu oluşumun tarihi ile ilgili literatürdeki eksiklidir. Rekabet Kurumunun ve Rekabet Hukukunun ortaya çıkış sebebi, süreci ve tarihi bilinmeden işlev ve öneminin içselleştirilmesi de mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla bu makale, bu

[1] Mustafa Parlak, “Rekabet Kurumunun Dünü, Bugünü ve Yarını,” *Rekabet Zirvesi*, (Ankara, 31 Ekim-3 Kasım 2017), 162.

[2] 4054 sayılı Kanun’un 64. maddesi uyarınca Kanun’un idari para cezasına ilişkin 16. madde ile 17. maddesi yayımı tarihinden bir yıl sonra, diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

kavramın ve Kurumun Türkiye’de ortaya çıkışını, gelişimini ve günümüze uzanan bu süreçteki rolünü anlatarak rekabet olgusunu, amacını ve önemini tarihsel bir perspektiften bakarak anlatmayı amaçlamaktadır. Ayrıca Kurumun günümüzdeki çalışmalarından yola çıkarak Kurumun amacına uygunluğunun kısa bir değerlendirmesini yapmayı hedeflemektedir.

Konunun çerçevesinin oluşturulmasında ilk araştırma sorusu dünyada rekabet kavramının ne zaman ortaya çıktığı ve neyi amaçladığı ile ilgilidir. Bu hususla ilgili ulaşılan kaynakların geneli, Rekabet Hukuku konulu ders kitabı niteliğindeki kaynaklardan oluşmaktadır. Cevdet İlhan Günay’ın *Rekabet Hukuku Dersleri* çalışması bu konuda önemli bilgiler sunmakta ve konunun temellendirilmesi için konuyu yalın bir dille ele almaktadır.^[3] Ayrıca Pelin Güven’in *Rekabet Hukuku*, İ. Yılmaz Aslan’ın *Rekabet Hukuku (Teori-Uygulama-Mevzuat)* ve Nurkut İnan’ın *Rekabet Hukuku Yazıları* çalışmaları da literatürde önemli bir yer tutmaktadır. Konunun ele alınmasında, tüm bu çalışmaların yanı sıra, birçok yayından faydalanılmıştır.^[4] Ardından rekabet olgusunun Türkiye’deki ilk izleri ve gelişimi araştırılmıştır. Bu konu ile ilgili akademik kaynaklar tüm bu gelişimin Avrupa Birliği’ne uyum süreci ile paralel olduğunu belirtse de, İsmail Hakkı Karakelle, Rekabet Kurumunun 20. yıl dönümü sebebiyle düzenlenen Rekabet Zirvesi etkinliğinde yaptığı konuşması ve etkinlikte sunmak üzere bir mikro tarih çalışması olarak hazırladığı sunumuyla bu gelişimin Avrupa Birliği’ne uyum sürecinden daha eskilere, 1970’li yıllara dayandığını belirterek Türkiye’de rekabet tarihinin aydınlatılması konusundaki çalışmalara farklı bir perspektiften bakmıştır.^[5] Ayrıca kendisi rekabet kavramının ve kurumun çalışmalarının halk tarafından anlaşılabilmesi için kurumun önemli kararlarını basit bir dille anlatan

[3] Cevdet İlhan Günay, *Rekabet Hukuku Dersleri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014).

[4] Bu çalışmalar arasında bkz. Devlet Planlama Teşkilatı, Avrupa Topluluğu ile İlişkiler Genel Müdürlüğü *Avrupa Topluluklarını Kuran Temel Antlaşmalar (AKÇT, AET, AAET)-I*; Zeynep Ayata, “Hukukun İktisadi Analizi Çerçevesinde Rekabet Hukuku,” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2014): 35-54; Murat Can Baykal, “Hukuk-Ekonomi İlişkisi ve Ekonomi Hukuku Üzerine,” *Ankara Barosu Dergisi* 66, no. 4 (2008): 76-87.

[5] İsmail Hakkı Karakelle, “Rekabet Kurumu 20 Yaşında,” *Rekabet Zirvesi*, (İstanbul, 3 Kasım 2017).

broşürler hazırlanmasına vesile olmuştur.^[6] Sonrasında Rekabet Hukukunun kanunlaşma süreci araştırmayı ilerleten soru olarak belirlenmiştir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun yazım süreci ile ilgili herhangi bir akademik çalışma bulunamamış, bu konuda literatürdeki eksiklik göze çarpmıştır. Bu nedenle, Kanunun oluşturulmasında ve yazılmasında katkısı olan Av. Mehmet Akif Ersin ile görüşülmeye ihtiyaç duyulmuştur. Av. Gönenç Gürkaynak ise Türkiye'nin önemli rekabet hukukçularından biri olarak literatüre değerli çalışmalarıyla katkıda bulunmuş, yine kavramın ve Kanunun amacının anlaşılabilmesi için bilgilerini ve fikirlerini sunmuştur.^[7] Kendisi aynı zamanda Google şirketinin rekabeti ihlal ettiğine yönelik geçirdiği soruşturmada şirketin savunmasını yapmıştır.

Konunun önce dünyada, sonrasında ise Türkiye'deki tarihi gelişimine değindikten sonra bahsi geçen Kanun ile kurulması öngörülen Rekabet Kurumu üzerinden araştırma soruları oluşturularak cevaplanması amaçlanmıştır. Kurumun kurulması ve açılması konusunda bulunabilecek tarihi kaynaklar içerisinde gazete arşivleri yararlanmaya değer kaynaklardır. Kurumun işleyişi, amacı, yapısal ve fonksiyonel özellikleri meselesi İdare Hukuku içerisinde bağımsız idari otorite kavramı içinde değerlendirildiğinde Prof. Dr. Turgut Tan'ın *İdare Hukuku* eseri bu konuda aydınlatıcı bilgiler içermektedir.^[8] Son olarak da Rekabet Kurumunun amacının somutlaştığı kararlar incelenmiş ve bunun incelenmesinde Kurumda uzun yıllardır görev alan İsmail Atalay Yolcu'nun tecrübelerinden faydalanılmıştır. Özetle, konuyu salt hukuki açıdan değil, tarihi açıdan da ele almayı amaçlayan bu çalışmanın hazırlanması sürecinde, yalnızca yazılı kaynaklardan değil, konunun uzmanlarının tecrübe ve fikirlerinden de sözlü olarak faydalanılmış, bu bağlamda görüşmeler gerçekleştirilmiştir. Öte yandan çalışmada emsal kararlara yer verilerek konu örneklendirilmiştir. Bu kararların önemli kısmının online erişime açık olması ise akademik çalışmaların sürdürülebilirliği

[6] İsmail Hakkı Karakelle, röportaj Ahmet Fatih Durmaz, Doruk Karaman, Hazal Eylem Güngör, Salih Deringöl ve Sena Sasani, *Rekabet Kurumu*, 13 Mart 2020.

[7] Gönenç Gürkaynak, "Avrupa Birliği ve Türkiye'de Deniz Taşımacılığı Sektöründe Rekabet Hukuku Uygulamaları," *Rekabet Dergisi*, no. 3 (2012); Gönenç Gürkaynak vd., *Fundamental Concepts of Anglo-American Law* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014).

[8] Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 8. baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019).

bakımından oldukça önemlidir. Günümüzde yayınlanan kararlar ise online veri tabanlarında mevcut olup kurumun günümüzde verdiği kararların değerlendirilmesinde ve yorumlanmasında kullanılmıştır.

I. REKABET HUKUKU TARİHİ

1890 yılında Sherman Yasası ile Amerika Birleşik Devletleri'nde başlayan ve 2. Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'daki düzenlemelerle gelişmeye devam eden rekabet kavramı ve Rekabet Hukuku, 1970'li yıllarda Türkiye'de Ticaret Bakanlığının çeşitli tasarılarıyla uç vermeye başlamıştır. Kanunlaşmayan birçok düzenleme ile birlikte uzun bir hazırlık süreci sonunda 13 Aralık 1994 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir.

A) REKABET KAVRAMI VE DÜNYADA REKABET HUKUKU GELİŞMELERİ

Serbest piyasa ekonomisi (pazar ekonomisi), fiyatların devletin herhangi bir müdahalesi olmadan pazar tarafından belirlendiği, diğer bir deyişle alıcı ve satıcı arasında belirlenen piyasa türüdür. Serbest piyasa ekonomisinin temelini rekabet oluşturur.^[9] Rekabet, pazar içerisindeki satıcıların daha fazla alıcı yani müşteri ile mal ve hizmet satışlarını, buna bağlı olarak da kârlarını artırma gayesinde oldukları yarış olup müşterilerin daha düşük fiyatla yüksek kalitede ürüne ulaşmaları, toplumsal refahın daha üst düzeye çıkması, yeni ürünlerin üretilerek teknolojik gelişmelerin yaşanması, KOBİ'lerin piyasada yer almaları açısından zaruridir.^[10] Rekabeti oluşturan koşulların bulunmaması durumunda sayılan bu maddelerin gerçekleşmesi, diğer bir deyişle piyasa ekonomisinin sorunsuz bir şekilde işlemesi mümkün değildir.^[11]

Rekabet üzerine kurulan kapitalist sistemler, ekonomik etkinliği, dolayısıyla da toplumun refahını sağlamaktadır ancak piyasalarda zaman zaman rekabeti olumsuz etkileyebilecek anlaşma ve kararlar, birleşme ve devralmalar, bir şirketin tek başına hareket etmesi gibi durumlar söz konusu olabilmektedir. Rekabet Hukuku, bu tür durumların meydana gelmesini önleyerek

[9] Hasan Sabır, "Küreselleşen Dünyada Rekabet Politikası ve Gelişmekte Olan Ülkeler," *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi* 1, no. 1 (2013): 123.

[10] Karakelle, röportaj.

[11] Günay, *Rekabet Hukuku Dersleri*, 23.

rekabeti sağlamaya ve korumaya devam etmektedir.^[12] Bunun mümkün olabilmesi için devletin piyasaya müdahalesi gerekli olmakla birlikte çeşitli düzenlemeler ve kanunlara da ihtiyaç vardır.^[13] Ünlü iktisatçı Adam Smith'in "görünmez el" kuramına göre ise devletlerin piyasalara müdahale etmesine veya piyasalarda rekabetin sağlanması ve korunması için düzenlemeler yapmasına gerek yoktur. Her şey doğal bir döngü içerisinde kendi düzene girmekte ve bu alanda düzenlemeler yapmak sistemi bozmaktadır.^[14]

Rekabet Hukuku düzenlemelerinin dünya genelinde tarihsel sürecine bakıldığında zaman Adam Smith'in "görünmez el" kuramının işe yaramadığının anlaşılmasıyla birlikte rekabet alanında çeşitli düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Bu düzenlemelerin ilki 1890 yılında "Sherman Act" ile Kuzey Amerika'da hazırlanmıştır.^[15] 21 Mart 1890 yılında Senatör Sherman, ABD Kongresi'nde şu sözleri söyleyerek Rekabet Hukuku konusunda yasal bir düzenlemeye olan ihtiyacı vurgulamıştır:

Bir politik güç olarak krala tahammül edemiyorsak üretimin, ulaştırmanın ve yaşam için gerekli herhangi bir şeyin satışı için de bir krala tahammül etmemeliyiz. Bir imparatora boyun eğmiyorsak rekabeti engelleyecek ve herhangi bir malın fiyatını belirleyecek bir ticari diktatöre de boyun eğmemeliyiz.^[16]

Sherman Yasası'nda başlıca düzenlenen konulardan bazıları uluslararası veya eyaletler arasındaki ticaretin tekelleştirilmesinin para cezası veya hapis cezası ile cezalandırılması olmuştur.^[17] Amerika Birleşik Devletleri'nde daha erken başlayan düzenlemeler, Avrupa Birliği'nde ancak 2. Dünya Savaşı'ndan sonra başlayabilmektedir. Avrupa Birliği'nde Rekabet Hukuku

[12] Günay, *Rekabet Hukuku Dersleri*, 21-28; Mehtap Yıldırım Öztürk ve Çağdaş Evrim Ergün, "Rekabet Hukukunun Önemi," Çakmak Ortak Avukatlık Bürosu (2004), 1.

[13] Günay, *Rekabet Hukuku Dersleri*, 29.

[14] Şaban Esen, "Rekabet Politikası, Rekabet Hukuku ve Rekabet Hukukundan Beklentiler," *İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2010): 2.

[15] Ayata, "Hukukun İktisadi Analizi Çerçevesinde Rekabet Hukuku," 42.

[16] Rekabet Kurumu, "Tanıtım CD'si." (Rekabet Kurumu, Ankara, 2005), CD-ROM.

[17] Rekabet Kurumu, "Tanıtım CD'si."

ile ilgili ilk düzenleme 1957 yılında Roma Antlaşması ile yapılmıştır.^[18] Roma Antlaşması'nın 85. maddesi ve devamında rekabete ilişkin hükümlere de yer verilmiştir.^[19] Ek olarak rekabete aykırı anlaşma, karar ve uyumlu eylemler, hakim durumun kötüye kullanılması, kamu teşebbüsleri ve devlet yardımlarına da yer verilmiştir. Birleşme ve devralmalar konusu ise 1989 yılında Komisyon Tüzüğü ile düzenlenmiştir.^[20] Ayrıca özellikle son yirmi yılda ülkelerin ekonomilerinde meydana gelen hızlı büyümeler, ekonominin birçok alanına hukuki kavramların girmesine aynı zamanda hukuka da ekonominin birçok kavramının dahil olmasına yol açmıştır.^[21] Bu yeni ekonomik ayaklanma iktisatta var olan rekabet kavramını değiştirmiş ve artık sadece ürünün veya hizmetin fiyatına değil aynı zamanda ürünün performans parametrelerine de bakılması gerekmektedir.^[22] Ekonominin ilerlemesi ve hukukun da ekonominin içine iyice işlenmesiyle beraber rekabet kavramı da bugünkü hâlini almıştır.

B) TÜRKİYE'DE REKABET HUKUKU İLE İLGİLİ İLK DÜZENLEMELER

Rekabet kavramı ve Rekabet Hukuku, Türkiye'de 1970'li yıllar ile birlikte gelişmeye başlasa da uzun bir süre boyunca herhangi bir yasal düzenleme yapılmamıştır. Bunun yanı sıra 1982 Anayasası'na kadar da önemli ölçüde bir gelişme kaydedilmemiştir. İlk olarak, 1971 yılında Ticaret Bakanlığının hazırlamış olduğu tüketicinin korunması ve piyasanın düzenlenmesi hususunda kanunlaşmayan tasarılar hazırlanmıştır.^[23] 1975 yılında ticaretin düzenlenmesi ve tüketicinin korunmasına dair, 1980 ve 1981 yıllarında

[18] "Avrupa Birliği Yasal Çerçeve," Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, erişim 2 Nisan 2020, <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-yasal-cerceve-109>.

[19] Devlet Planlama Teşkilatı, *Avrupa Topluluklarını Kuran Temel Antlaşmalar (AKÇT, AET, AAET)-I*, a2.1.

[20] Rekabet Kurumu, "Tanıtım CD'si."

[21] Murat Can Baykal, "Hukuk-Ekonomi İlişkisi ve Ekonomi Hukuku Üzerine," 78.

[22] Yüksel Bayraktar ve Halil İbrahim Kaya, "Yeni Ekonomi ve Değişen Rekabet Anlayışı: Karşılaştırmalı Bir Analiz," *Bilgi Ekonomisi ve Yönetim Dergisi*, no. 1 (2016): 90.

[23] Karakelle, "Rekabet Kurumu 20 Yaşında."

ise ticarete dürüstlüğün korunmasına dair düzenlemeler yapılmıştır.^[24] Bu gelişmelerin ardından ilk defa 1982 Anayasası'nın 167. maddesinde şöyle bir düzenleme yer almıştır:

Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.

Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir.

Bu düzenleme ile birlikte açıkça görüldüğü üzere, devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemesi istenmiş, bunun yanında para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının da sağlıklı işlemlerini sağlayan ve geliştiren tedbirler alması gerektiği belirtilmiştir. Müteakiben 1983 ve 1984 yıllarında kartel yasağı, tekeller ve piyasaya hakim teşebbüsler hakkında düzenlemeler yapılırken 1984 yılının Kasım ayında rekabeti sınırlayan anlaşmalar ve uygulamalar hakkında kanun tasarısı oluşturulmuş ve bu tasarı 1984 yılındaki Genel Kurula kadar gidip görüşülmüştür.^[25] Aynı zamanda bu çalışmalar 1987'deki Genel Kurul'da da görüşülmüş fakat 1987 yılında yapılan seçimler nedeniyle yeni meclis seçilince tasarı olduğu gibi ilgili bakanlığa geri gönderilmiştir.^[26] 1984 yılının Kasım ayında hazırlanan metin 1990 yılında Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından yeniden gündeme gelse de yine kanunlaşmamıştır.^[27] Avrupa Birliği'ne uyum süreci çerçevesinde 1990'lı yıllara girilmesiyle birlikte Rekabet Hukukunun gelişim süreci hızlanmaya başlamıştır.

[24] Karakelle, röportaj.

[25] Karakelle, röportaj.

[26] Mehmet Akif Ersin, röportaj Sena Sasani, *Skype*, 26 Mart 2020.

[27] Karakelle, röportaj.

C) 4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN VE KANUNUN HAZIRLANMA SÜRECİ

1964 Ankara Antlaşması ile başlayan Türkiye – Avrupa Birliği ilişkileri, 1987 yılında Türkiye'nin üyelik başvurusu ile devam ederken bu ilişkiler çerçevesinde Avrupa Birliği'ne uyum sağlamak amacıyla Rekabet Kanununun hazırlanma süreci gitgide hız kazanmıştır. 1992 yılında hazırlık komisyonu kurulmuş ve bu komisyonda Prof. Dr. Nurkut İnan, Prof. Dr. Erol Katırcıoğlu, Prof. Dr. Yılmaz Aslan, Dr. Ateş Akıncı, Prof. Dr. Gamze Aşçıoğlu Öz, Prof. Dr. Hürşit Güneş ve Av. Mehmet Akif Ersin^[28] yer almıştır. Müsteşar Ersen Yavuz ise bu komisyonun başı olmuştur. Kanun metni, Sanayi ve Ticaret Bakanı Tahir Köse'nin döneminde tasarlanmış, zamanın Başbakan Yardımcısı Prof. Dr. Erdal İnönü de önemli destek vermiştir.^[29]

Komisyon, 25 Mart 1992 tarihinde Abant'ta bir otelde iki günlük bir çalışma neticesinde 4054 sayılı Kanunu ana hatlarıyla oluşturmuştur. Bu iki günlük çalışma boyunca yaşanan en önemli tartışmalar Prof. Dr. Yılmaz Aslan ve Prof. Dr. Nurkut İnan'ın Avrupa Birliği Rekabet Hukuku düzenlemelerinin esas alınmasını istemesi, buna karşın Dr. Ateş Akıncı'nın Amerikan modelini savunması üzerine olmuştur.^[30] İki sistem arasındaki temel farklar, Amerikan ekolünün maddi vaka ve iktisadi analiz bazlı, dosya seçiminde daha titiz; Avrupa Birliği ekolünün ise stratejik Rekabet Hukuku politikası ile şekillenen ve daha müdahaleci bir rol sergilemesidir.^[31] Nihayetinde, “*ağırlıklı olarak Avrupa Birliği olmak üzere Amerikan Hukukundan da birtakım esintiler taşıyan bir metin*” ortaya çıkmıştır.^[32] Metnin anayasal dayanağı, Anayasa'nın kartelleri yasaklayan 167. maddesi oldu, ancak girişim özgürlüğünü düzenleyen 48. maddenin de kanuna anayasal dayanak olduğunu savunanlar çıkmıştır.^[33]

[28] Ersin, röportaj.

[29] Karakelle, röportaj.

[30] Ersin, röportaj.

[31] Gönenç Gürkaynak, röportaj Sena Sasani, *Skype*, 17 Mart 2020.

[32] Ersin, röportaj.

[33] “4054 Sayılı Kanun/ Kanunun Genel Gerekçesi,” Rekabet Kurumu resmi sitesi, erişim 13 Mart 2020, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/>

Hazırlanan bu taslak metin; birçok gazeteye, üniversitelere, sanayi odalarına incelenmek ve görüş alınmak üzere gönderildiyse de dönemin Türkiye'si için yabancı ve teknik bir konu olması sebebiyle pek yapıcı dönüşler alınmamıştır.^[34] Konuyla ilgilenen İstanbul Ticaret Odası, bir sempozyum düzenleyerek Avrupa Birliği Rekabet Genel Müdürlüğünden çağırdığı konuşmacılar sayesinde taslağın tartışılmasını ve incelenmesini sağlamıştır. Ardından kanunlaşma için gereken resmi prosedürün tamamlanması için gerekli mercilere yollanarak uygun görüş alınmıştır.^[35] 1993 yılında kanunun taslağı Meclis'e gönderilmiş ve 1993-1994 yıllarında Meclis'te birçok komisyonda görüşülmüştür.^[36] Sürecin sonunda, 7 Aralık 1994 tarihinde Mehmet Döner'in Sanayi ve Ticaret Bakanı olduğu dönemde kanunlaşan bu metin, diğer bir deyişle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK), 13 Aralık 1994 Salı günü 22140 sayılı Resmi Gazete'nin Yasama Bölümü'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.^[37]

Rekabet Kurumunun ilk başkanı Prof. Dr. Aydın Ayaydın bir konuşmasında bu Kanunun Avrupa Birliği'ndeki ülkelerin rekabet yasaları ile son derece uyumlu olduğunu söyleyerek yasanın çağdaşlığını ve serbest rekabet ortamı sağlamayı amaçladığını belirtmiştir.^[38] 65 maddeden oluşan bu Kanun, rekabete ilişkin olarak üç temel düzenleme getirmiştir. Birincisi, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların yasaklanması; ikincisi, hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması; üçüncüsü ise belirli bir büyüklüğün üzerindeki birleşme ve devralma, diğer bir deyişle yoğunlaşma işlemlerinde Rekabet Kurumundan izin alınması gerektiği ile ilgili olmuştur. Kanunun amacı, Kanunun 1. maddesinde şu şekilde açıklanmıştır:

kanunun-genel-gerekçesi.

[34] Ersin, röportaj.

[35] Ersin, röportaj.

[36] Ersin, röportaj.

[37] T.C. Resmî Gazete, 13 Aralık 1994, Sayı: 22140.

[38] "Rekabet Kurumu'nun Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumunun AB ve AB'ye Üye Ülkelere Mukayesesi toplantı ve paneli", Rekabet Kurumu, Ankara, 5 Mart 1998, 1.

Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.

Devamında Kanun'un kapsamının yanında tanımlara ilişkin bir madde de yer almış ve 20. madde ile Rekabet Kurumu adında bir kurumun kurulması da öngörülmüştür.

Türkiye'de Rekabet Hukuku rejimi ile Avrupa Birliği'nde Rekabet Hukuku rejimi kağıt üzerinde oldukça benzer olmalarına rağmen Türkiye'deki Rekabet Hukuku uygulamasında çok farklı hassasiyetler meydana çıkabilmektedir. Örneğin, Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de, mevzuatta yıkıcı fiyatlandırma olsa da Türkiye otoritesi bugüne kadar daha az iktisadi analizle birlikte, daha çok yıkıcı fiyatlandırma enstrümanını kullanmıştır. Bu nedenle Avrupa Birliği mevzuatı ile aynı olmasına rağmen, Türkiye'de yıkıcı fiyatlandırma anlamında daha bilinçsiz bir uygulama göze çarpmıştır. Aynı durum fahiş fiyatlandırma dosyaları için de söylenilmektedir. Avrupa Birliği'nde doğru-
dan fiyat bazlı uygulama oldukça az görünmesine rağmen Türkiye'de dijital pazarlarda dahi bu görülebilmektedir ve bu durumun dünyada başka bir örneği yoktur. Kısaca rekabet yasaları Avrupa Birliği ile son derece uyumlu olmasına rağmen, uygulamada farklılıklar olabilmektedir.^[39]

II. 4054 SAYILI KANUN İLE KURULMASI ÖNGÖRÜLEN REKABET KURUMUNUN KURULUŞU

1994 yılında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 20. maddesinde Rekabet Kurumu isimli bir kurumun kurulması öngörülmüştür ancak dönem içerisindeki koalisyon hükümetlerinin birbirleriyle anlaşamamasından kaynaklı siyasi istikrarsızlıktan ötürü kurumun direkt faaliyete geçmesi mümkün olmamıştır. Kurumun kurulduğu yıllar ve öncesindeki Türkiye ekonomisi ve kurumun yürüttüğü amaç birbiriyle her zaman bağlantılı olmuş ve kurumun bağımsız idari otorite olarak faaliyet göstermesini sağlamıştır.

[39] Gürkaynak, röportaj.

A) REKABET KURUMUNUN KURULUŞ AMACI

Rekabet Kurumu öncelikli olarak, mal ve hizmet marketlerinde rekabetin korunması için yasal bir dayanak hazırlanması ve serbest rekabet ortamının sağlıklı bir şekilde yürütülmesi amacıyla kurulmuştur.^[40] Kurumun kuruluşu 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun metninin 20. maddesinde öngörülmüştür:

Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz idarî ve malî özerkliğe sahip Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir.

Bu Kanun maddesi ile birlikte Rekabet Kurumunun ortaya çıkış amacı açıkça belirtilmiştir. Bunun yanı sıra tekelleşmeyi önlemek de kurumun önde gelen amaçlarından biri olmuştur. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun metninin ilk maddesinde yer alan,

“Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır”

ifadesi de Kanunun uygulayıcısı konumundaki Rekabet Kurumunun amaçlarını açıkça belirterek Kurumun kuruluş felsefesini de ortaya atmıştır.

Rekabet Kurulunun vermiş olduğu “Yaysat” kararı, kurumun ortaya çıkış amacını, faaliyetlerini ve piyasaya etkisini ortaya koymaktadır. Bu karar sayesinde dağıtım şirketlerinin gazete satış büfelerini tekelleştirmesi ve bu şirketlerin anlaşmalı oldukları büfelerde sadece kendi yayınlarının satılmasına ilişkin zorlamanın önüne geçilmiş, rekabete aykırı bulunan bu davranıştan ötürü idari para cezası yaptırımını uygulanmıştır.^[41] Böylece her satış noktasında her gazetenin satılabilir olması sağlanmıştı. Bu uygulama sayesinde artık tüketiciler istedikleri gazeteyi seçme hakkına sahip olurken, gazeteler arasındaki rekabet sağlıklı olarak artmış ve okuyucuya ulaştırmak istedikleri

[40] K. Eren Gönen, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Rekabet Kurumu,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 7 (2003): 3.

[41] Karakelle, röportaj.

haberleri daha iyi yazmaları sağlanmıştır ve böylece tüketici de daha iyi olan gazeteyi alma fırsatı bulmuştur. Bu karar çerçevesinde hem tüketici hakları korunmuş ve özgürleştirilmiş hem de yazılı basın kuruluşlarının rekabeti artırarak daha iyi olmaları dolaylı olarak sağlanmıştır.

B) BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTE OLARAK REKABET KURUMU

Bağımsız idari otorite kavramı, özelleştirme kavramı ile birlikte ortaya çıkmıştır; çünkü özelleştirme ile birlikte devletin elini çektiği alanlardaki boşlukları dolduracak kurumlara ihtiyaç duyulmuştur. Bağımsız idari otoriteyi oluşturan kelimelerin her biri, aslında bağımsız idari otoritelerin özelliklerini yansıtmaktadır. “Bağımsız” kelimesi yürütmeye karşı bağımsızlığı, “idari” kelimesi kamu tüzel kişiliğini, “otorite” ise bunların düzenleyici kararlar aldıklarını göstermektedir.^[42]

Bağımsız idari otoritelerin kurumsal özerkliğinin olması çok önemlidir. Kurumun bağlı olduğu 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 20. maddesinde bu durum açıkça şöyle ifade edilmektedir:

Kurumun ilişkili olduğu Bakanlık, Gümrük ve Ticaret Bakanlığıdır.

Kurum görevini yaparken bağımsızdır.

Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun nihaî kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez.

Bağımsız olması için tavizde bulunmayan Rekabet Kurumunu bu kanun maddesi destekler niteliktedir. Ayrıca, üyelerin görev süresi güvencesinin olması, yeniden seçilme şanslarının bulunmaması ve uzun görev süreleri de kurumun bağımsızlığını sağlamaya yönelik düzenlemelerden olmuştur.^[43] Kurumsal özerkliklerinin yanında mali olarak tamamen siyasete bağlı olmalarını önlemek için faal oldukları sektörlerden ve idari para cezalarından elde ettikleri bir gelirleri vardır ve bütçeleri özel bütçe şeklinde düzenlenir. Kurumun bütçesinin denetimini Sayıştay yapar.^[44] Bu denetlemeler

[42] Tan, *İdare Hukuku*, 194.

[43] Tan, *İdare Hukuku*, 203.

[44] Tan, *İdare Hukuku*, 200.

kapsamında yıllık olarak “Düzenlilik Denetim Raporu” Sayıştay tarafından hazırlanır ve açıklanır.^[45]

Karar alma mekanizmaları genelde kurul biçiminde örgütlenmiştir ve bağımsız idari otorite olan Rekabet Kurumunun bağımsız ve tarafsız karar organı Rekabet Kuruludur.^[46] Organizasyon olarak Kurum Başkanlığı; Kurul Başkanı, İkinci Başkan ve iki adet Başkan Yardımcısından oluşur.^[47] Ayrıca kurum içerisinde yetkileri gerek teşebbüslerin gerekse kurumların her türlü evrak ve belgesini inceleme hakkına sahip uzmanlar bulunur.^[48] Kurum yapısal ve fonksiyonel özellikleri itibari ile 4054 sayılı Kanun metnin 22. maddesine göre biri Başkan biri İkinci Başkan olmak üzere Cumhurbaşkanı tarafından atanan toplam yedi üyeden oluşur. (Bkz. Ek 1)

Rekabet Kurumu, rekabeti koruma işlevini bağımsız idari otorite olarak yerine getirir.^[49] Fonksiyonel özelliklerine bakıldığında denetleme, düzenleme ve yaptırım uygulama yetkisi vardır. Gelen şikâyet ve ihbarlar üzerine inceleme yürütebilir, gerekli gördüğü takdirde teşebbüslerden ve kamu kuruluşlarından bilgi isteyebilir, ihlale ilişkin ciddi bulgular bulunduğu takdirde soruşturma açabilir ve bu soruşturmanın sonucunda şirketlere idari para cezası verebilir.^[50] İsmail Atalay Yolcu, kurumun re'sen soruşturma başlatma yetkisi olduğunu aynı zamanda şikâyet olduğu takdirde kurum uzmanlarının ilk görüş bildirme hakkına sahip olduğu ve bu aşamanın idare hukukunun işleyişine dayanarak birçok kurum tarafından uygulandığını belirtmiştir.^[51] Aynı zamanda Rekabet Kurulu ciroları belirli bir eşiği geçen şirketlerin birleşme ve devralmalarını inceler ve bu inceleme sonucunda ilgili

[45] *Rekabet Kurumu 2018 Yılı Sayıştay Düzenlilik Denetim Raporu*, (Ankara: Türkiye Cumhuriyeti Sayıştay Başkanlığı, Eylül 2019).

[46] Nagehan Talat Aslan, “*Yönetimin Yeni Yapıtaşları Bağımsız İdari Otoriteler: ‘Yavru Leviathanlara Doğru’*”, (Sosyal Siyaset Konferansları, no. 59, 2010, s. 26).

[47] Rekabet Kurumu, “Tanıtım CD’si ‘Başkanlık’.”

[48] Rekabet Kurumu, “Tanıtım CD’si ‘Uzmanların Yetkileri’.”

[49] Asım Taha Toftar, “Rekabet Kurumunun İnceleme ve Karar Verme Usulü,” (Yüksek Lisans tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2012), 12.

[50] Rekabet Kurumu, “Tanıtım CD’si ‘Kurumun Yetkileri Nelerdir?’”.

[51] İsmail Atalay Yolcu, röportaj Doruk Karaman, *Mail*, 19 Mart-2 Nisan 2020.

işlemin rekabet koşullarını daraltıp daraltmadığına karar verir. Kurul, işleme izin verilebileceği gibi işlemi yasaklayabilir ya da işleme koşul getirebilir. Özelleştirmelerin rekabetin korunması açısından değerlendirmelerini ve denetlemelerini yapar.

III. 1997 SONRASI DÖNEMDE REKABET KURUMUNUN FAALİYETLERİ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile kurulması öngörülen ve bu kanunun uygulanmasından sorumlu kurum olarak kurulan Rekabet Kurumu 1997 yılı itibarıyla çalışmalarına başlamıştır. Kurumun ilk başkanlığını Prof. Dr. Aydın Ayaydın yürütmüştür. İlk zamanlarda halkın yeterince benimseyememesi, iş sahiplerinin ise piyasanın zaten çok rekabetçi olduğunu söyleyerek direnmesi sebebiyle zor kabul edilen Rekabet Kurumu, günümüzde Rekabet Hukuku uygulamalarını yürütmeye devam etmektedir.^[52]

A) REKABET KURUMUNUN İLK BAŞKANLARI VE KURUMA KATKILARI

27 Şubat 1997 tarihinde Rekabet Kurulu Başkan ve Üyelerinin seçim ve atanmalarına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı, Resmi Gazete’de yayımlanmış, ardından 5 Mart 1997’de Rekabet Kurumu kurul üyeleri yemin etmişlerdir.^[53] 5 Kasım 1997’de Rekabet Kurumu teşkilatını oluşturarak faaliyete geçtiğini duyurmuştur ve kurumun faaliyete hazır hâle gelmesiyle birlikte 1997 Mart’ında Rekabet Kurumu Kurucu Başkanı olarak Prof. Dr. Aydın Ayaydın atanmıştır.^[54] Kanunda kurulun başkanlığı ile ilgili yapılan düzenlemeye göre, “*Kurul Başkanı, İkinci Başkanı ve üyelerinin görev süreleri altı yıldır. Süresi biten üye yeniden seçilebilir*”.^[55] 1999 yılının Ocak ayında kurumdaki ayrılıp milletvekili olana kadar kuruma birçok katkıda bulunmuştur. İki yıllık görev süresince Prof. Dr. Aydın Ayaydın başkanlığında kurumun temellerini atan mevzuat oluşturulmuştur.^[56] İlk mevzuat ile birlikte tebliğler

[52] Gürkaynak, röportaj.

[53] Karakelle, “Rekabet Kurumu 20 Yaşında.”

[54] Karakelle, röportaj.

[55] “4054 Sayılı Kanun/ Kanunun Genel Gerekçesi,” Rekabet Kurumu resmi sitesi.

[56] Karakelle, “Rekabet Kurumu 20 Yaşında.”

ve rehberler hızla hazırlanmıştır.^[57] Bunun yanı sıra bu dönemde kurumun fiziki altyapısı yani binaları, lojmanları oluşturulmuştur.^[58]

Prof. Dr. Aydın Ayaydın'ın istifa ile görevden ayrılmasıyla kalan süreyi tamamlamak üzere 21 Mayıs 1999 tarihinde Prof. Dr. Tamer Müftüoğlu atanmıştır.^[59] Başkanlığa getirilen Prof. Dr. Tamer Müftüoğlu, Prof. Dr. Aydın Ayaydın'dan kalan dört yıllık süreyi Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik 8. maddesi uyarınca 2003 yılına kadar devam ettirmiştir. Bu dönemde Rekabet Kurumu adına rekabet kültürünü arttırıcı çalışmalar yapılmıştır ve Tamer Müftüoğlu Hürriyet gazetesine verdiği röportajda bu konu ile ilgili olarak rekabet kültürünün yaygınlaşması için oldukça aşama katedildiğini ancak bu konudaki çalışmalarına devam edeceğini belirterek yayın faaliyetlerine ağırlık vereceğini söylemiştir.^[60] Bununla ilgili olarak da kitap, dergi ve broşürler hazırlanmıştır ve ayrıca Prof. Dr. Tamer Müftüoğlu başkanlığında yurt içi ve yurt dışı eğitimler de hız kazanmıştır.^[61] Buna ek olarak perşembe konferansları ve sempozyumlar düzenlenmiştir.^[62]

Prof. Dr. Tamer Müftüoğlu'nun da görevden ayrılmasının ardından kurumun başkanlığını sırasıyla Mustafa Parlak, Prof. Dr. Nurettin Kaldırım, Prof. Dr. Ömer Torlak ve Birol Küle yürütmüştür.^[63] Bu dönemlerde de rekabet düzenlemeleri gelişerek ilerlemeye devam etmiş, birçok önemli karar alınmıştır.

B) REKABET KURULUNUN VERDİĞİ İLK KARARLAR VE ETKİLERİ

Rekabet Kurumu kurulduğu 1997 yılından bu yana yapılan başvurular ve kendi denetimleri çerçevesinde piyasayı düzenleme adına birçok karar

[57] Karakelle, röportaj.

[58] Karakelle, röportaj.

[59] T.C. Resmi Gazete, 29 Mayıs 1999, Sayı: 23709.

[60] "Rekabet Sözcüğü Geliyor", *Hürriyet*, 12 Haziran 1999.

[61] Karakelle, röportaj.

[62] Karakelle, "Rekabet Kurumu 20 Yaşında."

[63] Karakelle, "Rekabet Kurumu 20 Yaşında."

almıştır. Bu kararlar, “*piyasa aktörleri ve nihai olarak tüketiciler üzerinde önemli etkiler ve sonuçlar*” yaratmıştır.^[64] Kurul, 20 Kasım 1997 tarihinde ilk kararını vermiştir ve bu karar, 12 Kasım 1998 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Kararda bahsi geçen başvuru, Antalya Fırıncılar Odası yöneticileri ve birtakım fırın işletmecilerinin zam taleplerinin reddedilmesi üzerine ekmek dağıtımını durdurmaları ve böyle yaparak da Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı davranışları üzerine Tüketiciyi Koruma Derneği Antalya Derneğinin, Rekabet Kurumuna başvurması üzerine olmuştur.^[65] Ayrıca İstanbul Fırıncılar Odasının korsan fırınların ve İstanbul Halk Ekmek Fabrikaları’nın haksız rekabeti oluşturduğunu düşünmeleri üzerine Kurumun ilk zamanlarında yazılı bir açıklama yapmışlardır.^[66] Bu olay ise kurumun kurulduğu dönemde halkın az da olsa rekabet kavramına karşı bir bilinç sahibi olduğunu göstermektedir.

Bunun akabinde Kurum 1998 yılında, TEDAŞ’a (Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.) ait 19 bölgedeki elektrik dağıtım tesislerinin özel teşebbüslere devri sırasında yapılmış olan imtiyaz sözleşmelerinin tekel hakkı veren hükümlerini kaldırarak tüketicilerin istedikleri şirketten elektrik alabilmelerini sağlamıştır.^[67] Toplam 4 başlık hâlinde yayımlanan karara göre TEDAŞ ve şirketler arasında imzalanacak anlaşmalarda sabit fiyat uygulamasının kaldırılması kararı da alınmıştır.^[68] Bu kararın sonucunda artık tüketiciler sadece bir teşebbüsten değil seçtikleri teşebbüslerden farklı fiyatlarla elektrik alabilme şansına sahip olmuşlardır.

Bunların aksine, Kurumun kurulduğu dönemde alınan faydalı kararlara rağmen Rekabet Hukukunun pratikte uygulanması iş çevrelerinden tepki toplamıştır. İş sahipleri, ülke içinde bir birlik olması gerektiğini ancak bu şekilde yurt dışı ile rekabet edilebileceğini ve Rekabet Kurumu ve Hukukunun gerekli olmadığını savunmalarına rağmen Rekabet Kurumu, Rekabet Hukuku uygulamasında ciddi bir irade gösterse de sektörleri itibariyle özel durumu olduğunu, Rekabet Kurumu uygulamaları için doğru bir zaman

[64] Yolcu, röportaj.

[65] T.C. Resmi Gazete, 12 Kasım 1998, Sayı: 23521.

[66] “Fırıncıların Tepkisi”, *Hürriyet*, 6 Ağustos 1999.

[67] Karakelle, röportaj.

[68] “Elektrik Dağıtım İhalelerine Rekabet Kurumunda Onay”, *Hürriyet*, 17 Ekim 1998.

olmadığını, devletin ticari işlemleri büyük ölçüde regüle ettiğini iddia eden iş sahipleri vardı. Rekabet Kurumu Kararları, devletin bir eliyle yaptığını bir eliyle bozmak olarak nitelendiriliyordu fakat tüm bunlara rağmen bu durum iş sahipleri tarafından zamanla aşıldı.^[69]

Rekabet Kurumu kararlarının tüketiciye, şirketlere ve piyasaya birçok etkisi olmuştur. Tüketicinin istediği ürünü seçip alması için elinden geleni yapan kurum, kararları doğrultusunda bunu açıkça göstermiştir. Tüketicinin bir mal veya hizmeti almak için başka bir mal veya hizmeti almaya zorlanması teşebbüsler için hakim durumun kötüye kullanılmasına bir örnek teşkil etmektedir.^[70] Hakim durumu kötüye kullanma, tüketici için olumsuz şartlar yaratabilmektedir. Hâkim durum oluşturma veya hâkim durumu güçlendirmek için birleşme ve devralmalar yapmak kurumca yasaklanmıştır.^[71] Bunun hem tüketiciler hem de teşebbüsler üzerinde çok büyük bir etkisi olmuştur. Bir yandan tüketiciler için bağımlılık zorunluluğu ortadan kalkmış öte yandan teşebbüsler için ise haksız bir büyümenin gerçekleşmesi engellenmiştir. Kurumun tüketici ve teşebbüsler arasındaki ilişkiyi düzenlemesi sonucu piyasaya olan etkisi yadsınamaz derecede fazladır. Kurumun asli görevli olan rekabetin güvenle sağlanması teşebbüslerin tüketiciye en uygun fiyatla en kaliteli olan ürünü temin etmesi ile gerçekleşebilmiş, bunu yapmak için ise teşebbüsler birçok yenilikçi ürün piyasaya sunmuş, inovasyon faaliyetleri gerçekleştirmiş ve bunun sonucunda yüksek verimlilik ortaya çıkarak beraberinde güçlü bir piyasayı ve ekonomik refahı getirmiştir.^[72] Rekabetin çokça olduğu bir düzen yaratmaya çalışan Kurum böylece hem piyasanın hem de piyasa aktörlerinin güçlenmesini sağlamıştır.

[69] Gürkaynak, röportaj.

[70] *05.11.1997–31.12.1999 tarihleri arasındaki 26 aylık döneme ilişkin faaliyet raporları*, Ankara, Rekabet Kurumu.

[71] *05.11.1997–31.12.1999 tarihleri arasındaki 26 aylık döneme ilişkin faaliyet raporları*, Ankara, Rekabet Kurumu.

[72] *Rekabet Kurumu 2019 Yıllık Raporu*, (Ankara: Rekabet Kurumu, Şubat 2020), 7.

C) GÜNÜMÜZ REKABET HUKUKU VE REKABET KURUMU

Günümüzde artık Türkiye’de Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumunun düzenlemeleri içselleştirilmiştir. Halk ve şirketler niçin bu düzenlemelere ihtiyaç duyulduğunu anlamaya başlayarak ilk yıllarda gösterdikleri tepkilerden vazgeçmişlerdir.^[73] Bununla birlikte dünyada yaşanan gelişmelerle Rekabet Kurumunun görev alanıyla ilgili birçok değişiklik yapılmış ancak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ana maddeleri varlığını korumaya devam etmiştir. Yine de Kurumun inceleme ve karar verme usulleri açısından büyük değişimler yaşanmamış, yalnızca gitgide daha somut ve belirgin bir duruma gelmiştir. Kanuna ve rekabet olgusuna ilişkin yeterli bilgi ve tecrübe ile birlikte Rekabet Kurumu daha istikrarlı kararlar vermeye başlamıştır.^[74] Rekabet Kurumu kuruluşundan bu yana faaliyet gösterdiği 1997 yılından 2015 yılı sonuna kadar toplam 236 soruşturma sonuçlandırmıştır.^[75] Buna karşın, yalnız 2019 yılında 312 dosya sonuçlandırılmıştır.^[76] Bu da Kurumun geçmişten bu yana tüketicinin korunması ve ekonominin gelişmesi amacıyla faaliyetlerini aktif bir biçimde sürdürdüğünü göstermektedir.

Günümüzde verdiği kararlar açısından farklı sektörlere de müdahil olan Kurum, internetin gelişmesiyle ve bununla beraber farklı pazarların açılmasıyla kendini yenilemiş ve bunlar üzerine de emsal teşkil edecek kararlar vermiştir. Kurumun günümüze en yakın ve en etkili olan internet sitesi kararlarından birisi “*Booking.com*” kararıdır. Turistik tesis işletmecilerinin bahsi geçen site dışındaki diğer sitelere yüksek fiyat yazması sonucunda konaklama fiyatlarının yüksek olduğu ve sitenin haksız rekabet oluşturduğu kararına varılmış teşebbüse gereken idari para cezası verilmiştir.^[77] Ayrıca kurum, teknolojinin beraberinde getirdiği yeniliklere kararlarında uyum sağladığını açıkça göstermiştir. Kurum, 2019 yılında “*Google’a*” ürettikleri Android işletim sisteminin pazarda haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle

[73] Gürkaynak, röportaj.

[74] Yolcu, röportaj.

[75] Rekabet Kurumu, *Tüketiciler için Rekabet Hukuku Hepimiz için Rekabet*, (Ankara: Rekabet Kurumu, 2017), 3.

[76] *Rekabet Kurumu 2019 Yıllık Raporu*, 4.

[77] Karakelle, röportaj.

93 milyon lira idari para cezası uygulamıştır.^[78] Kurumun 2001 yılında verdiği, cep telefonu operatörü teşebbüslerinin cep telefonu cihazlarını yalnızca kendi sim kartları ile çalışacak şekilde şifrelemelerinin önüne geçen “sim kilit” kararı da dönemin teknolojik şartları göz önüne alındığında çok etkili bir karar olmuştur.^[79] Aynı mahiyette 18 yıl sonra verdiği *Google* kararı da kurumun değişimlere ayak uydurduğunu açık bir şekilde göstermiştir.

Her ne kadar kurumun *Google* kararı, Kurumun değişimlere ayak uydurduğunun bir göstergesi olsa da Kurumun asıl amacı olan rekabetin sağlanarak ve korunarak ekonominin güçlendirilmesi misyonundan uzaklaşmıştır. Türkiye pazarı, genç ve dinamik yapısının beraberinde getirdiği büyüme imkânları sayesinde *Google* için önemli bir pazar hâline gelmiştir.^[80] Pazar olanakları açısından *Google* için verimli olanakları olan Türkiye, bu şirketten tahsil edeceği vergilerle önemli bir ekonomik gelir sağlayabilecekken kurumun verdiği bir karar üzerine ülke ve teşebbüs arasında ikili ilişkilerde bir zedelenme olmuş, gelecekteki kârlı yatırımların yapılması güç hâle gelmiştir. Bu karar sonucunda kurum, ekonominin gelişmesi üzerine olan çabalarından taviz vermiştir.

Başka bir olaya bakıldığında, halihazırda Milliyet ve Vatan gazetelerini bünyesinde bulunduran Demirören Holding AŞ'nin Mart 2018'de Doğan Medya Grubunu satın alması durumunda “*yeni bir hakim durumun yaratılacağı veya mevcut hakim durumun güçlendirileceği*” endişelerine rağmen^[81] Rekabet Kurumu bu satın almaya onay vermiştir.^[82] Bu konuda CHP Grup Başkanvekili Özgür Özel, “*Rekabet Kurumunun doğru ve tarafsız karar*

[78] “Google rekabet ihlalleri nedeniyle büyük cezalar ödedi,” *Sözcü*, 20 Aralık 2019.

[79] Karakelle, röportaj.

[80] “Rekabet Kurumu'nun Google kararı yerinde mi?” Bloomberg, erişim 21 Mayıs 2020, <https://www.bloomberght.com/rekabet-kurumu-nun-google-karari-yerinde-mi-2242242>.

[81] “Rekabet Kurumu'ndan Doğan Medya açıklaması,” Sputnik Türkiye, erişim 24 Mayıs 2020, <https://tr.sputniknews.com/ekonomi/201803261032784185-rekabet-kurumu-dogan-medya-demiroren>.

[82] “Doğan Medya'nın Demirören'e satışına onay,” NTV, erişim 24 Mayıs 2020, <https://www.ntv.com.tr/ekonomi/son-dakika-dogan-medyanin-demirorene-satisina-onay,Ly5jtdiPA0-Fmw6CUiWsg>.

vermesi durumunda bu satışa izin vermemesi gerekir. Bu satıştan endişeliyiz” demiştir.^[83] Dolayısıyla, bu iki olay göz önünde tutulduğunda, kurumun zaman zaman amacının dışına çıktığı yorumu yapılması yerinde olacaktır.^[84]

Öte yandan, 2020 yılında COVID-19 salgınının dünyada etkisini iyice arttırmasıyla beraber piyasada belli ürünlere olan talep oranı artmış ve bazı kurumlar temizlik, hijyen gibi belli kategorilerdeki ürünlerde fahiş fiyat artışına gitmişlerdir. Kurum, re’sen soruşturma başlatma yetkisine sahip olduğu için olaylara anında müdahale etme özgürlüğünü de kazanmıştır. Bunun üzerine kurum, 29 teşebbüs hakkında soruşturma başlatmıştır.^[85] Bu, kurumun olaylara çok hızlı müdahale ettiğini ve mevcut kötü koşullardan yararlanmaya çalışan üreticilerin, tüketiciyi çok fazla etkilememesi için attığı hızlı adımlardan birisidir.

Son zamanlarda ise yine COVID-19 salgınının etkisiyle perakende gıda ve temizlik ürünleri ticareti faaliyetinde bulunan zincir marketler ile üretici ve toptancı seviyesinde bulunan teşebbüsler ile ilgili bir soruşturma süreci yürütülmüştür.^[86] Bu süreç, 28 Ekim 2021 tarihinde Rekabet Kurulu tarafından karar bağlanmıştır. Söz konusu kararda, rakip zincir marketlerin aralarında bilgi değişiminde bulunduğu, üretici ve toptancı seviyesindeki satıcıların ise topla-dağıt karteli oluşturmak suretiyle yeniden satış fiyatı belirlemeye gittikleri tespit edilmiştir. Bu noktada, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesi ihlal edilmiş olmaktadır. İlgili teşebbüslere 2.7 milyar Türk Lirası idari para cezası verilmiştir ve bu ceza

[83] Özdemir Özge, “Doğan Holding hisseleri neden yüzde 70 arttı?”, BBC, erişim 23 Mayıs 2020, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-43513139>.

[84] “CHP: Rekabet Kurumu Onay Vermemeli,” *Cumhuriyet*, 22 Mart 2018; “Demirören’e Onay Çıktı,” *Cumhuriyet*, 8 Mayıs 2018.

[85] “Rekabet Kurumu’ndan 29 firmaya soruşturma,” *Hürriyet*, erişim 8 Mayıs 2020, <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/rekabet-kurumundan-29-firmaya-sorusturma-41512373>.

[86] “Rekabet Kurulu’nun Zincir Marketler ve Tedarikçileri Hakkındaki Kararı,” Erdem & Erdem, erişim 31 Mart 2022, <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/rekabet-kurulunun-zincir-marketler-ve-tedarikcileri-hakkındaki-karari>.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a aykırı davranışlara karşı Kurumun caydırıcı yaptırımlar uyguladığını göstermektedir.^[87]

SONUÇ

Dünyada on dokuzuncu yüzyılın sonunda başlayan Rekabet Hukuku düzenlemeleri, 1970'li yıllarla birlikte Türkiye'de de gelişim göstermeye başlamıştır. 1994 yılında ise 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte yasal bir zemin oluşmuş ancak dönemin siyasi ve ekonomik koşulları Kanunla birlikte kurulması öngörülen Rekabet Kurumunun kurulmasını zorlaştırmıştır. 1997 yılında ise Rekabet Kurumu hazırlıklarını tamamlayarak çalışmalarına başlamıştır. Aslen kuruluş amacı rekabeti korumak ve tekelleşmeyi önlemek olan Kurum, verdiği kararlarla bunu göstermiştir. Bağımsız idari otorite olmasından kaynaklı olarak Kurum, mali özerkliğe ve kurumsal bağımsızlığa sahiptir. Ayrıca düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkisi vardır. Kurumun ilk başkanları Kurum için sağlam bir zemin hazırlama çabasına girmiş, bu kapsamda çeşitli mevzuat ve tebliğler hazırlamış, konferanslar düzenlemiş ve rekabet kültürünün Türkiye'de yaygınlaşmasını ve benimsenmesini sağlamıştır. Kurulduğu dönemde verdiği kararlarla, tüketiciye daha fazla opsiyon sunan kurum, teşebbüslerin de en iyi ürünü en uygun fiyata satmalarını sağlayarak tüketicinin yanında olmuştur. Buna ek olarak, yaptığı regülasyonlarla teşebbüslerin daha iyi hâle gelmesini sağlayarak ekonominin gelişmesini hızlandırmıştır. Günümüzde rekabetin sağlanması için aynı çabayı gösteren Kurum, zaman zaman çizgisinden çıkan, amacıyla bağdaşmayan kararlar verse de çağın gereklerine uyum sağlayan düzenlemeler yapmakta ve teşkilatlanmasını geliştirmektedir.

[87] Rekabet Kurulu, E. 2020/019, K. 2021/747-360, 28.10.2021, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=82884ab7-9d26-405c-9019-e2b9ee10f2c7>.

KAYNAKÇA

- Aslan Nagehan Talat. “Yönetimin Yeni Yapıtaşları Bağımsız İdari Otoriteler: ‘Yavru Leviathanlara Doğru’.” *Sosyal Siyaset Konferansları*, no. 59, (Temmuz, 2010), 25-49.
- Ayata Zeynep. “Hukukun İktisadi Analizi Çerçevesinde Rekabet Hukuku.” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1, (2014), 35-54.
- Baykal C. Murat. “Hukuk-Ekonomi İlişkisi ve Ekonomi Hukuku Üzerine.” *Ankara Barosu Dergisi* 66, no. 4, (Güz, 2008), 76-87.
- Bayraktar Yüksel ve Halil İbrahim KAYA. “Yeni Ekonomi ve Değişen Rekabet Anlayışı: Karşılaştırmalı Bir Analiz.” *Bilgi Ekonomisi ve Yönetim Dergisi* 11, no. 1, (2016), 89-106.
- Bloomberg. “Rekabet Kurumu’nun Google kararı yerinde mi?.” *Bloomberg*, 18 Aralık 2019. <https://www.bloomberght.com/rekabet-kurumu-nun-google-karari-yerinde-mi-2242242>.
- CNN Türk. “İşte Türkiye’de bugüne kadar kurulan koalisyon hükümetleri...” *CNN Türk*, 14 Temmuz 2015, <https://www.cnnturk.com/turkiye/iste-turkiyede-bugune-kadar-kurulan-koalisyon-hukumetleri>.
- Cumhuriyet. “CHP: Rekabet Kurumu Onay Vermemeli.” *Cumhuriyet*, 22 Mart 2018.
- Cumhuriyet. “Demirören’e Onay Çıktı.” *Cumhuriyet*, 8 Mayıs 2018.
- Cumhuriyet. “Özel Sektör Hedefi Saptırdı Enflasyon Hesaba Uymuyor.” *Cumhuriyet*, 4 Nisan 1998.
- Devlet Planlama Teşkilatı. *Avrupa Topluluklarını Kuran Temel Antlaşmalar (AKÇT, AET, AAET)-I*. Avrupa Topluluğu ile İlişkiler Genel Müdürlüğü, 1993.
- Esen Şaban. “Rekabet Politikası, Rekabet Hukuku ve Rekabet Hukukundan Beklentiler.” *İ.İ.B.F. Dergisi*, Makale: 2, (2010), 1-14.
- Gönen K. Eren. “Bağımsız İdari Otorite Olarak Rekabet Kurumu.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2, (Haziran, 2003).
- Günay Cevdet İlhan. *Rekabet Hukuku Dersleri*. Ankara: Yetkin yayınları, 2014.

- Hürriyet. “Elektrik Dağıtım İhalelerine Rekabet Kurumunda Onay.” *Hürriyet*, 17 Ekim 1998.
- Hürriyet. “Fırıncıların Tepkisi.” *Hürriyet*, 6 Ağustos 1999.
- Hürriyet. “Rekabet Kurumu’ndan 29 firmaya soruşturma.” *Hürriyet*, 8 Mayıs 2020, <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/rekabet-kurumundan-29-firmaya-sorusturma-41512373>
- Hürriyet. “Rekabet Sözcüğü Geliyor.” *Hürriyet*, 12 Haziran 1999.
- Özdemir Özge. “Doğan Holding hisseleri neden yüzde 70 arttı?.” *BBC*, 24 Mart 2018. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-43513139>.
- Öztürk Mehtap Yıldırım ve Çağdaş Evrim Ergün. “Rekabet Hukukunun Önemi.” *Çakmak Ortak Avukatlık Bürosu*, (Temmuz, 2004). Erişim 6 Mart 2020. <https://cakmak.av.tr/wp-content/uploads/2019/07/Rekabet-Hukukunun-onemi-Why-is-Competition-Law-Important.pdf>
- NTV. “Doğan Medya’nın Demirören’e satışına onay.” *NTV*, 7 Mayıs 2018. <https://www.ntv.com.tr/ekonomi/son-dakika-dogan-medyanin-demirorene-satisina-onay,Ly5jtdiPA0-Fmw6CUiwWsg>.
- Rekabet Kurumu. *Tüketiciler için Rekabet Hukuku Hepimiz için Rekabet*. Ankara: Rekabet Kurumu, 2017.
- Sabır Hasan. “Küreselleşen Dünyada Rekabet Politikası ve Gelişmekte Olan Ülkeler.” *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi* 1, no. 1, (Kasım, 2013), 121-133.
- Sputnik Türkiye. “Rekabet Kurumu’ndan Doğan Medya açıklaması.” *Sputnik Türkiye*, 26 Mart 2020. <https://tr.sputniknews.com/ekonomi/201803261032784185-rekabet-kurumu-dogan-medya-demiroren/>.
- Tan Turgut. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan yayınevi, 2019.
- Toftar Asım Taha. “Rekabet Kurumunun İnceleme ve Karar Verme Usulü.” Yüksek Lisans tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2012.
- Sözcü. “Google rekabet ihlalleri nedeniyle büyük cezalar ödedi.” *Sözcü*, 20 Aralık 2019.

Uygun Ecem Süsoy. “Rekabet Kurulu’nun Zincir Marketler ve Tedarikçileri Hakkındaki Kararı.” *Erdem & Erdem*, (Ocak, 2022). Erişim 3 Mayıs 2022. <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/rekabet-kurulunun-zincir-marketler-ve-tedarikcileri-hakkindaki-karari>

Diğer Kaynaklar

Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu. “Avrupa Birliği Yasal Çerçeve.” Erişim 2 Nisan 2020. <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-yasal-cerceve-109>.

Ersin Mehmet Akif. Röportaj Sena Sasani, Skype, 26 Mart 2020.

Gürkaynak Gönenç. Röportaj Sena Sasani, Skype, 17 Mart 2020.

Karakelle İsmail Hakkı. “Rekabet Kurumu 20 Yaşında, Sunumu.” Rekabet Zirvesi, İstanbul, 3 Kasım 2017.

Karakelle İsmail Hakkı. Röportaj Ahmet Fatih Durmaz, Doruk Karaman, Hazal Eylem Güngör, Salih Deringöl ve Sena Sasani, Rekabet Kurumu, 13 Mart 2020.

Parlak Mustafa. “Rekabet Kurumunun Dünü, Bugünü Ve Yarını Paneli.” Rekabet Zirvesi, 31 Ekim-3 Kasım 2017, Ankara, Rekabet Kurumu, 2018.

Rekabet Kurumu. “Rekabet Kurumu Tanıtım CD’si.” Rekabet Kurumu, Ankara, 2005, CD-ROM.

Rekabet Kurumu. “Rekabet Kurumu’nun Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumunun AB Ve AB’ye Üye Ülkelere Mukayesesi Toplantı ve Paneli.” Ankara, 5 Mart 1998.

Rekabet Kurumu resmi sitesi. “4054 Sayılı Kanun.” Erişim 13 Mart 2020. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun>.

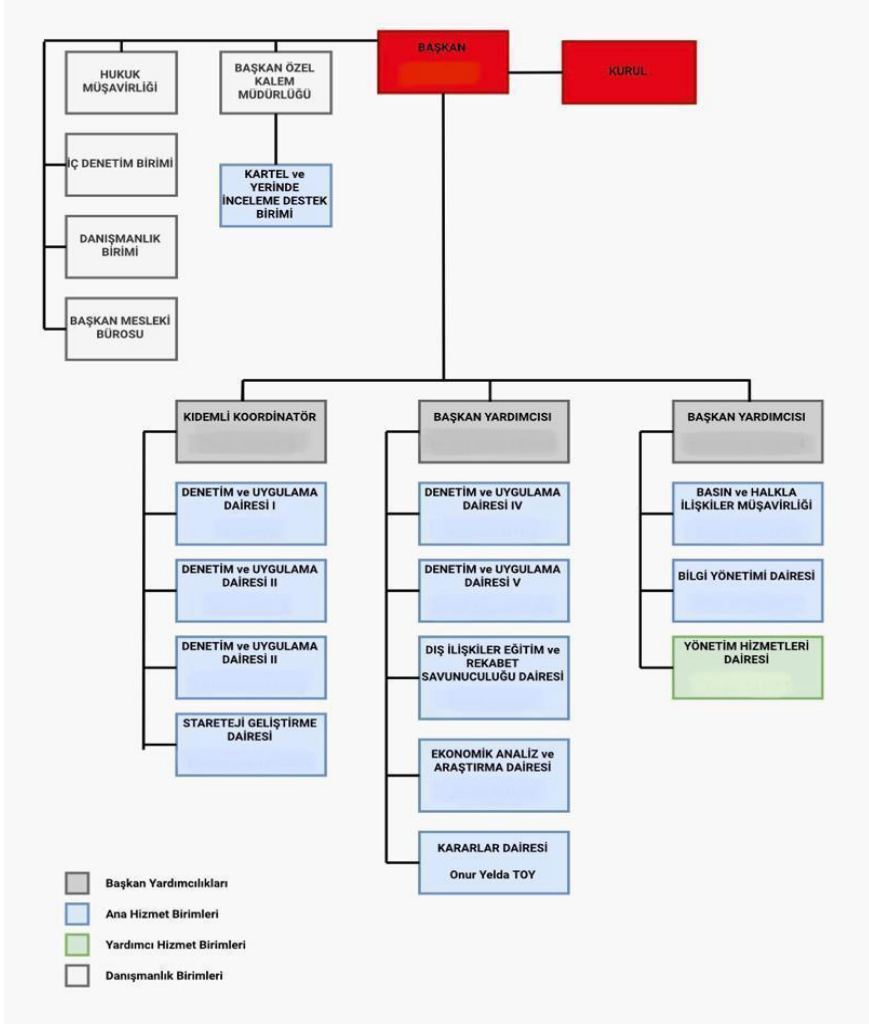
Rekabet Kurumu resmi sitesi. “4054 Sayılı Kanun/ Kanunun Genel Gerekçesi.” Erişim 13 Mart 2020. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/kanunun-genel-gerekcesi>.

Rekabet Kurumu resmi sitesi. “Kurumsal Yapı/ Organizasyon Şeması.” Erişim 9 Nisan 2020. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Kurumsal/kurumsal-yapi/organizasyon-semasi>.

- Rekabet Kurumu. 05.11.1997–31.12.1999 tarihleri arasındaki 26 aylık döneme ilişkin faaliyet raporları. Ankara.
- Rekabet Kurumu. Yıllık Rapor 2019, Ankara, Şubat 2020.
- Rekabet Kurumu, E.21-53/747-360, K. 2020/3, 28.10.2021
- Rekabet Kurumu, E. 87/693-138, K. 1998/4, 16.10.1998
- T. C. Resmi Gazete. 12 Kasım 1998, Sayı: 23521.
- T. C. Resmi Gazete. 13 Aralık 1994, Sayı: 22140.
- T. C. Resmi Gazete. 27 Şubat 1997, Sayı: 22918.
- T. C. Resmi Gazete. 29 Mayıs 1999, Sayı: 23709.
- Türkiye Cumhuriyeti Sayıştay Başkanlığı. Rekabet Kurumu 2018 Yılı Sayıştay Düzenlilik Denetim Raporu, Eylül 2019.
- Yolcu İsmail Atalay. Röportaj Doruk Karaman. mail, 19 Mart-2 Nisan 2020.

EK-1

Ek 1: Rekabet Kurumunun organizasyon şeması^[88].



[88] “Kurumsal Yapı/ Organizasyon Şeması,” Rekabet Kurumu resmi sitesi, Erişim tarihi: 9 Nisan 2020, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Kurumsal/kurumsal-yapi/organizasyon-semasi>.

Dernekler Mevzuatında Son Dönemde Yapılan Değişikliklerin Örgütlenme Özgürlüğüne Etkileri

Mustafa GÜMÜŞ*

* Stajyer Avukat, Ankara Barosu. (stjav.mustafa@gmail.com),
ORCID ID: [0000-0002-8972-7200](https://orcid.org/0000-0002-8972-7200).

GİRİŞ

Sivil alanın en önemli öğelerinden birisi derneklerdir. Bireylerin bir araya gelerek belirli bir amaç etrafında toplanarak kurduğu dernekler toplumsal mücadelenin, hak arama özgürlüğünün ve kişisel gelişimin en önemli unsuru olduğu bilinmektedir. Sivil alanda faaliyet gösteren dernekler belirli bir mevzuat çerçevesinde kurulur ve faaliyetlerini o mevzuata uygun olarak sürdürmektedir.

Sivil alanın tabi tutulduğu mevzuat, sivil alanın yapısı gereği olabildiğince özgür olmalı ve bu alanı bir araya getiren bileşenlerin özgürce faaliyet göstermesine müsaade etmelidir. Aksi takdirde alan “sivil” olmaktan çıkacağı ve devlet otoritesine ait bir kamu kurumu olacağına hiç şüphe bulunmamaktadır.

Ülkemizde son yıllarda dernekler mevzuatında yapılan değişikliklerin iktidar erkince “sivil” alanın özgürlükçü yapısına açıkça müdahale amacı taşıdığı görülmekle birlikte vatandaşların en temel Anayasal hakkı olan örgütlenme hakkına kısıtlama getirdiği aşikardır.

Bu çalışmada Aralık 2019’dan başlayarak günümüze kadar Dernekler Kanunu, Yardım Toplama Kanunu ve Dernekler Yönetmeliğinde yapılan değişiklikler başta örgütlenme hakkı olmak üzere derneklerin yapısına, çalışma alanlarına ve finansal yapılarına etkileri incelenerek sivil alanda yarattığı yeni iklimin etkileri gösterilecektir.

I. ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ

“Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kendilerini temsil eden bir toplu teşekkül oluşturarak bir araya gelmeleri özgürlüğü olarak tanımlanabilir.”^[1] Toplumun bir parçası olan bireyler örgütlenme özgürlüğü sayesinde topluluklar haline gelir ve kendilerini sosyal, kültürel, siyasal ve ekonomik açıdan gerçekleştirmek için örgütlenirler.

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonunun (Venedik Komisyonu) Azerbaycan’da sivil toplum örgütlerine dair mevzuatın insan hakları standartlarına uyumunu değerlendirdiği görüşünde örgütlenme özgürlüğünü şu

[1] Ulaş Karan, *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi*, (Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018), 3.

şekilde tanımlamıştır: Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin bir araya gelmelerini ve ortak menfaatlerini sürdürmelerini, geliştirmelerini ve korumalarını sağlayan bir insan hakkıdır.^[2]

Ülkemizde örgütlenme Anayasa'nın 33., 51. ve 68. maddelerinde düzenlenen Dernek Kurma Hürriyeti, Sendika Kurma Hakkı ve Siyasi Parti Kurma Hakkı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu haklar örgütlenmeye yönelik en temel haklardır ve Anayasa tarafından tanınmakta ve korunmaktadır. Bu hakkın kapsamı, sınırlandırılması ve hakkın kullanımında uygulanacak usul ve esaslar Dernekler Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda ve bunlara ilişkin alt düzenlemelerde detaylıca işlenmiştir.

Ulusal mevzuatın yanı sıra örgütlenme özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler uluslararası mevzuatta da bulunmaktadır:

Örgütlenme özgürlüğü hakkı, uluslararası insan hakları hukuku koruması altında olan temel haklardan biridir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (UDHR), Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ICCPR) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) örgütlenme özgürlüğü hakkını korumaktadır. Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı (AGİT) örgütlenme özgürlüğünün sağlanması ve korunması için üye devletlerin yasalarının uluslararası standartlar ve normlar ile uyumlu düzenlemeler içermesine dikkat çekmektedir.^[3]

Örgütlenme özgürlüğü, uluslararası insan hakları belgelerinde; İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, m. 20/1-2, 23/4, Kişisel (Medeni) ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 22; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 8; İnsan Hakları ve Ödevleri Amerikan Bildirisi, m. 22; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, m. 11; İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi, m. 16; İnsan ve Halkların Hakları Afrika Şartı, m. 10.'da düzenlenmiştir. Bu belgelerden en etkili olanı, getirdiği koruma mekanizması nedeniyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'dir. Bu Sözleşmeyle kurulan

[2] “Örgütlenme Özgürlüğü Nedir?” STGM, erişim 18 Haziran 2022, <https://www.stgm.org.tr/orgutlenme-ozgurlugu-nedir>

[3] TUSEV, *Örgütlenme Özgürlüğü Hakkının Sınırlandırılması: Uluslararası Standartlar ve Türkiye'ye Dair Değerlendirme*, (İstanbul: Tusev Yayınları, 2016), 1. erişim tarihi 18 Haziran 2022 https://www.tusev.org.tr/usrfiles/images/yayinlar/TUSEV_Atolye_Orgutlenme_Ozgurlugu_Hakkinin_Sinirlendirilmesi_Bilgi_Notu.pdf

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarının, diğer haklar bakımından olduğu gibi, bu hak bakımından da büyük bir önemi vardır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinde örgütlenme özgürlüğü, *Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü* başlıklı 11. maddesinde “Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.” şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

“Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı, sağlıklı bir toplumun önemli bir bileşenidir. Demokrasilerde böyle bir “örgüt”, devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir.”^[4]

Örgütlenme özgürlüğünün diğer haklarla ilişkisini değerlendirdiğimizde örgütlenme özgürlüğünün en çok ilişkide olduğu hak ifade hürriyeti olarak karşımıza çıkmaktadır. Örgütlenme özgürlüğünü temelde ifade özgürlüğünün alt dalı şeklinde yorumlamak yanlış olmaz. İfade özgürlüğü örgütlenme özgürlüğünü kapsamaktadır. Genel hüküm niteliğinde olan ifade özgürlüğünün diğer insan haklarından eksiksiz bir şekilde yararlanılmasının zeminini oluşturduğu ve toplanma ve örgütlenme özgürlüklerinin ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edilmiştir.

II. ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

Temel hakların kullanılmasında sınırlandırma istisnadır. T.C. Anayasanın 13. maddesinde ve AİHS’in 11. maddesinde örgütlenme özgürlüğüne gerçekleştirilen müdahalenin açıkça hukuken öngörülmüş olması gerekmektedir. Bir diğer yandan bu müdahale meşru bir amaç gütmelidir. Devletin örgütlenme özgürlüğüne olan müdahalesi en son başvuracağı yöntem olmalıdır. Müdahale gerekliliği kaçınılmaz ise de bu en az zararlı ve en az caydırıcı etkiye yol açan araç olması gerekmektedir.

Örgütlenme ve toplanma özgürlükleri mutlak haklar arasında yer almamaktadır ve sınırlandırılması mümkündür. İnsan haklarının sınırlandırılması rejimi tüm hak ve özgürlüklerin kullanımının güvence altına alınması açısından büyük önem taşımaktadır. Sınırlama rejimi temel hak ve özgürlüklerin hangi durumlarda, nasıl ve ne kadar sınırlandırabileceğini, başka bir deyişle sınırlandırmanın sınırını

[4] AYM, *Tayfun Cengiz Kararı*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 31.

düzenlemektedir. Uluslararası standartlarla uyumlu bir sınırlama rejiminin varlığı devlet tarafından bir hakka getirilecek sınırlamaların keyfi olmasını engellemekte ve sınırlamaya bir sınır getirildiği için hak ve özgürlüklere bir güvence oluşturmaktadır.^[5]

Örgütlenme ve toplanma özgürlükleri sınırlanabilir bir hak olarak Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimine tabidir. Buna göre: "...temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz."^[6]

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "kanunla sınırlanabilir" biçimindeki ifade, sınırlama rejiminin yalnızca yasama organına yönelik olduğu gibi bir izlenim yaratmaktadır. Ancak Anayasa'nın 11. maddesine göre "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." Dolayısıyla yalnızca yasama organı değil, yürütme ve yargı organları da söz konusu sınırlama rejimine uymak durumundadır.^[7] Yani idarenin bir takım tasarrufuyla veya yargıya yoluyla da örgütlenme özgürlüğü alanına müdahale edilmemesi gerekmektedir.

III. ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN HUKUKUMUZDA YASAL GÜVENCELERİ

Dernekler kuruluşundan feshedildiği tarihe kadar yerel olarak T.C. Anayasası, Türk Medeni Kanunu, Dernekler Kanunu, Yardım Toplama Kanunu, Dernekler Yönetmeliği ve Yardım Toplama Yönetmeliği başta olmak üzere birçok mevzuata tabidir. Ancak bu çalışmada aşağıda sınırlı sayıda sayılmış mevzuatta meydana gelen birtakım değişiklikler incelenerek bu değişikliklerin örgütlenme özgürlüğüne ve sivil alana etkileri üzerinde durulacaktır.

"Hukukumuzda hak sahibi olan kişiler sadece fiziki varlığı olan bireylerden ibaret değildir. Bunların yanında fiziki bir varlığı olmamakla beraber

[5] Ulaş Karan, *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü*, 105

[6] AYM, *Emin Aydın Kararı*, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 47.

[7] Ulaş Karan, *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü*, 107.

hak sahibi olabilen birtakım topluluklar, kurumlar da mevcuttur.”^[8] Bu kurumların en önemlilerinde birisi özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olan derneklerdir.

“Kişi topluluğu şeklinde ortaya çıkan ve manevi (ideal) amaç güden dernekler genel olarak Medeni Kanun’un 56-100. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu konuda 5232 sayılı Dernekler Kanunu ve Dernekler Yönetmeliği de yürürlüktedir.”^[9]

Dernek Türk Medeni Kanun’un 56. maddesine göre gerçek veya tüzel yedi kişinin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır. Dernekler gücünü hem anayasadan hem de kanunlardan almaktadır.

T.C. Anayasasının Dernek kurma hürriyeti başlıklı 33. maddesinde “Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir.” hükmü bulunmaktadır. 1982 Anayasası dernek kurma hakkını temel haklar ve ödevler arasında kabul ederek AY md. 33’te düzenlemiştir. Bu düzenlemeyle dernekler için izin sisteminin önünü kapatmıştır. Buna göre fiil ehliyetine sahip gerçek ve tüzel kişiler önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir.^[10]

Dernekler gücünü Anayasa’dan ve Anayasanın işaret ettiği ilgili mevzuatlardan almaktadır. Bireylerin bir araya gelerek örgütlenme özgürlüğünü kullanarak kurduğu sivil toplum örgütleri anayasal güvenceyle donatılmış olması demokratik hukuk devletlerinin vazgeçilmez unsurlarındandır.

A) T.C. 1982 ANAYASASI

Türkiye hukukunda örgütlenme özgürlüğü Anayasa’nın 33. maddesinde, bu özgürlük ile ilgili sınırlama rejimi ise Anayasa’nın 13. maddesinde yer almaktadır. Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ile ilgili olan 13. madde metnine göre “Temel hak ve hürriyetler, özlerine

[8] Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2016), 261.

[9] Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2016) 215.

[10] Zafer Zeytin ve Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2020) 123.

dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Bu ölçütler AİHM’nin kullandığı ölçütlerle paralellik taşımaktadır ve yargı organlarının AİHM’nin uyguladığı inceleme yöntemini uygulamasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Yasal düzenlemelerin örgütlenme özgürlüğünü kullanmak isteyen kişilere mümkün olduğunca yol gösterici ve özgürlüğün kullanımını zorlaştırmaktan çok kolaylaştırıcı bir biçimde kaleme alınması büyük önem taşımaktadır.^[11]

Bu konuda AİHM tarafından benimsenen yaklaşım Anayasa Mahkemesi tarafından da sergilenmiştir. Anayasa Mahkemesi, “Bir sınırlamanın nerede başlayıp nerede bittiği belirtilmezse, amacı aşan demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayan, içeriğinin takdiri yönetime bırakılmış sakıncalı sınırlama getirilmiş olur. İçeriğinin belirlenmesi yönetimin görüşüne bırakılan sınırlamanın yasa ile konulduğundan söz edilemez (...)” demiştir.^[12]

Dernekler 1982 Anayasanın XI. Toplantı hak ve hürriyetleri bölümünde *Dernek kurma hürriyeti* başlıklı 33. maddesinde: “Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir. Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz. Dernek kurma hürriyeti ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir. Dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir” şeklinde tanımlanmış ve dernek kurma hürriyeti anayasal güvence olarak kabul edilmiştir.

Anayasamız bu hüküm bağlamında örgütlenme özgürlüğünü ve sınırlandırılmasını hususlarını düzenlediğini görüyoruz. Bireylerin bu özgürlüğünü nasıl ve hangi şartlarda kullanması gerektiğini kanunla düzenleneceğini işaret etmektedir.

[11] Türkiye Üçüncü Sektör Vakfı, *Örgütlenme Özgürlüğü Hakkının Sınırlandırılması: Uluslararası Standartlar ve Türkiye’ye Dair Değerlendirme*, (İstanbul: Tusev Yayınları, 2016), 5, 18 Haziran 2022 https://www.tusev.org.tr/userfiles/images/yayinlar/TUSEV_Atolye_Orgutlenme_Ozgurlugu_Hakkinin_Sinirlendirilmesi_Bilgi_Notu.pdf

[12] AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, K.t. 19.04.1988, RG 23.08.1988-19908.

Ancak bu maddede dikkat edilmesi gereken husus dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şartların kanunla belirlenecek olmasıdır. Ancak bu anayasal düzenlemede uygulama kanununda bu özgürlüğü açıkça daraltılacak düzenlemelerden kaçınılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Anayasanın dernek kurma hürriyeti ve bu hürriyetin nasıl kullanılacağına ilişkin genel çerçevesini çizmek dışında ayrıca farklı hususları düzenlemediğini görmekteyiz. Dolayısıyla dernek kuruma, yönetme ve sivil alanda özgürce faaliyet göstermesindeki en büyük dayanak Anayasamızdır. Sonrasında yapılan düzenlemeler Anayasada bireylere tanınan örgütlenme özgürlüğü hakkını etkileyecek şekilde sınırlandırılmaması gerekmektedir.

Bir diğer yandan kamu otoritesi bireylerin derneklere üye olma, üyelikten çekilme, derneğin finansal açıdan ayakta kalabilmesi için bağış, yardım toplama vb. hususlarında düzenleme yaparken Anayasada belirtilen örgütlenme özgürlüğündeki sınırlandırmaları baz almalı ve ayrıca kanun eliyle bu sınırlandırmaları genişletici düzenlemelerden uzak durmalıdır.

B) TÜRK MEDENİ KANUNU

“İnsanlar, tekil hareketle, gereksinimlerini istedikleri gibi karşılayamamışlar; zamanla bireysel davranmaktan kısmen vazgeçerek, faaliyet alanlarını genişletmeye ve tek başlarına asla gerçekleştiremeyecekleri devasa ve birey üstü amaçlara yönelik birtakım kişi ya da mal toplulukları oluşturmuşlardır; sonra da bunlara, kişilik atfetmişlerdir.”^[13]

Yaşadığımız toplumda bireylerin tekil olarak gerçekleştiremeyeceği birtakım hususlar etrafında örgütlenme yoluna gitmiştir. Örgütlenmenin insan kaynağı üzerinde yahut bir mal, ekonomik değer etrafında örgütlenmeleri sonucunda tüzel kişilikler farklı şekillerde tanımlanmaya başlamıştır. Örneğin insan etrafında örgütlenmeye dernek, bir mal veya ekonomik değer etrafında örgütlenmeye ise vakıf denilmiştir.

Tüzel kişiler kendilerini meydana getiren gerçek kişilerden de bağımsız bir birliktirler. Hakları ve borçları, kendilerini meydana getiren üyelerinin hak ve borçları değildir. Bunlar doğrudan doğruya tüzel kişilerin bağımsız ve özerk varlıklarına aittir. Bu hali ile, tüzel kişilik de gerçek kişilik gibi hukuk süjesidir, haklardan yararlanır; onları kullanır, bu suretle hakları kazanabilmek ve borçları

[13] Mehmet Palamut, *Medeni Hukuk*, (Bursa: Alfa/Aktüel Kitapevi, 2004), 49.

yüklenilmek yetki imkanını edinir, davada taraf olur, hukuki işlemlerde bulunur, iradesini kanuni sınırlar içinde serbestçe açıklar.^[14]

1- Dernekler

Türk Medeni Kanunu'na göre sivil alanda faaliyet gösteren dernekler tüzel kişiliğe haizdir. Bu tüzel kişiliğin hak ve borçları Türk Medeni Kanun'da açıkça düzenlenmiştir. Öğretide tüzel kişiliklere ilişkin çok farklı tanımlamalar bulunmakla birlikte çoğunlukla kanun çizgisinde tanımlamalar yapıldığını görmekteyiz.

“Yapılarını oluşturan unsurlara göre tüzel kişiler, kişi toplulukları ve mal toplulukları olmak üzere iki farklı şekilde karşımıza çıkabilir. Tüzel kişiliğin amacını gerçekleştirmek üzere kişilerin bir araya gelmesiyle kurulan tüzel kişiliklerin kuruluş şeması, ilgili kişi topluluğu üzerine inşa edilir. Dernekler manevi amaçlarla (maddi, iktisadi olamayan) ve kişi toplulukları şeklinde kurulan tüzel kişilerdir.”^[15]

“Dernekler kişi topluluğu biçiminde tüzel kişilerdir. Bununla birlikte şirketlerden farklı olarak kazanç paylaşma amacı güdemezler, derneğin amacı “ideal amaç” veya “manevi amaç” olarak ifade edilir. Uygulamada bilimsel amaçlı dernekler kurum, siyasi amaçlı dernekler parti, sportif amaçlı dernekler kulüp, esnaf ve sanatkâr dernekleri oda ve mesleki dayanışma dernekleri sendika olarak isimlendirilmektedir.”^[16]

Anayasadan sonra derneklerin detaylıca düzenlendiği kanun 4721 sayılı Türk Medeni Kanunudur. Bu kanunda derneklerin kurulması, tüzüğü, üyeliğe ilişkin düzenlemeler, organları hak ve yükümlülükleri, sona ermesini, örgütlenmesini ve gelirleri gibi temel hususları düzenlemektedir.

Medeni Kanun, dernekleri 56-100. maddeleri arasında “Dernekler” başlığı altında düzenlemektedir. Türk Medeni Kanun'un İkinci Bölümde

[14] Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, Aile Hukuku (1-3 Kitaplar)*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1970), 289.

[15] Sinan Sami Akkurt, Kemal Erdoğan ve Hüseyin Tokat, *Medeni Hukuk*, (Ankara: Seçkin, 2021), 295-296.

[16] İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, (Ankara: Gazi Kitapevi, 2020), 358.

Dernekler düzenlenmiş olup kanunun 56. maddesinde “Dernekler gerçek veya tüzel en az yedi kişinin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları, tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır.” 57. maddesinde ise “Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir.” hükmü bulunmaktadır.

Bu hüküm doğrultusunda dikkat edilmesi gereken husus en az yedi kişinin herhangi bir şekilde izin almaksızın dernek kurabileceği, bu hükmün de belirtilen “*izin almaksızın*” ibaresi örgütlenme özgürlüğü bağlamında çok önemli olduğunun altının çizilmesi gerekmektedir.

Yine aynı kanunun 63. maddesinde “*Hiç kimse, bir derneğe üye olmaya ve hiçbir dernek de üye kabul etmeye zorlanamaz*” devamında bulunan 66. maddesinde “*Hiç kimse, dernekte üye kalmaya zorlanamaz*” hükmü bulunmaktadır. Bu hükümler doğrultusunda dernekler örgütün amacı doğrultusunda, faaliyette bulunacak insan kaynağına üyelik yöntemiyle kavuşabileceği ve bir sivil toplum örgütüne üye olmanın kanunla sınırlandırılmadığı gibi üyelikten ayrılmada katı kurallar bulunmamaktadır.

Son olarak derneğin özgürce gelir elde etmesi hususu önemlidir. Çünkü bir sivil toplum örgütünü ayakta tutan iki unsurdan birincisi insan kaynağı yani üyelik ikincisi ise gelir kaynağı yani bağış, yardım toplama vb. gelirlerden oluşmaktadır.

Medeni Kanun’un 99. maddesinde “Dernek gelirleri, üye ödentisi, dernek faaliyetleri sonucunda veya dernek malvarlığından elde edilen gelirler ile bağış ve yardımlardan oluşur.” hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm kapsamında dernekler elde ettikleri gelirleri amaçlarını gerçekleştirmek için kullanırlar.

Bu kanun hükmü tıp ki örgütlenme özgürlüğü, üye olma üyelikten ayrılma özgürlüğünde olduğu gibi gelir elde etme yöntemlerinde de özgürce hareket edebileceği anlamına gelmektedir. Kamu otoritesinin bu alana müdahale ederken anayasada bulunan sınırlandırmalar çerçevesinden ayrılmadan tedbir alması gerekmektedir. Ancak bu hiçbir şekilde keyfi şekilde sınırlandırma ve kısıtlama şeklinde olmamalıdır.

2- Vakıflar

Tüzel kişiliğin bir diğeri ise vakıflardır. Hukukumuzda vakıf tanımı kanunda şu şekilde gösterilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 101. maddesinde “vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır” şeklinde tanımlanmıştır. Tanımlardan da anlaşılacağı üzere vakıf kavramı bir malın bir hizmete özgülenmesi için bir araya getirilmesidir.

Bu tüzel kişiliklerin arasındaki temel fark dernekler kişi topluluğu iken vakıflar ise mal topluluğudur. “Bir vakfın kurulabilmesi, diğeri bir deyişle belirli bir amaca özgülenmiş olan mal veya hakların bir “vakıf” olarak nitelendirilebilmesi için, bazı unsurlara ihtiyaç vardır ki, bunları dört noktada toplamak mümkündür. Bunlar vakfeden, amaç, mal ve irade açıklamasıdır.”^[17] “Medeni kanunumuz derneklerde olduğu gibi, vakıflarda da vakıf kurma özgürlüğünü benimsemiştir. Kanunun öngördüğü şartlara uyulmak suretiyle kişiler serbestçe bir vakıf kurabildikleri gibi, bu kurumun gayesini de serbestçe tayin edebilirler.”^[18]

C) DERNEKLER KANUNU

Hukukumuzda dernekler sadece Medeni Kanun hükümleri ile düzenlenmiş değildir. Medeni Kanun yürürlüğe girdiği tarihten beri Medeni Kanun yanında dernekleri düzenleyen ayrı bir özel kanun mevcut olmuştur. Derneklerin toplum düzenindeki önemi karşısında diğeri birçok ülkede de kanun koyucunun derneklerin kuruluş ve faaliyetlerini denetim altına aldığı ve gerektiğinde sınırladığı, kamu makamlarının dernekler karşısında yetki ve görevlerini tartışmaya yer vermeyecek biçimde düzenlemeye çalıştığı gözlenmektedir.^[19]

5253 sayılı Dernekler Kanunda Amaç ve Kapsam başlıklı 1. maddesinde “Bu Kanunun amacı; dernekler, dernek şube veya temsilcilikleri, federasyonlar, konfederasyonlar, merkezleri yurt dışında bulunan dernekler ve vakıflar ile diğeri kâr amacı gütmeyen kuruluşların Türkiye'deki şube veya temsilciliklerinin yasak ve izne tâbi faaliyetlerini, yükümlülüklerini, denetimlerini

[17] Turgut Akıntürk, *Medeni Hukuk*, 13. baskı, (İstanbul: Beta, 2008), 214.

[18] Köprülü, *Medeni Hukuk Genel Prensipler*, 392.

[19] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 301.

ve uygulanacak cezalar ile bunlara ilişkin diğer hususları düzenlemektir.” şeklinde hüküm bulunmaktadır.

Bu madde bağlamında hem Anayasa’da hem Medeni Kanun’da düzenlenen Dernekler, ayrıca kendilerine özel ayrı bir kanunda düzenlenerek sivil alanın yasa koyucu tarafından kuruluşundan feshine kadar belli başlı kurallar içerisine aldığı görülmektedir.

5253 sayılı Dernekler Kanununun Dernek kurma hakkı başlıklı 3. maddesinde “Fiil ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir.” hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm doğrultusunda Anayasada güvence altına alınan dernek kurma hakkı dernekler temel kanunda yer alarak bir kez daha vurgulandığı görülmektedir.

Bir diğer yandan Dernekler Yönetmeliği de derneklerin dernekler kanunda uyması gereken kuralları ve derneklerin işleyişlerine ilişkin ayrıntılı olarak hazırlanmış ikincil mevzuattır. Bu yönetmelik kapsamında da örgütlenme özgürlüğünün düzenlendiği 5. maddesinde “Dernekler, kuruluş bildirimi ve eklerini mülki idare amirliğine vermek suretiyle tüzel kişilik kazanırlar” hükmü bulunmaktadır. Anayasada ve kanunda düzenlenen örgütlenme özgürlüğü hukuk devleti olmanın bir gereği olarak yönetmelikle de korunduğu görülmektedir.

D) YARDIM TOPLAMA KANUNU

Sivil toplum örgütlerinin faaliyetlerini sürdürebilmesi için örgütün birtakım gelirlere sahip olması gerekmektedir. Bu gelirlere bazılarını bağış, yardım toplama, aidat vb. şeklinde sıralayabiliriz. Bu çalışmada daha çok Derneklerin 2860 sayılı Yardım Toplama Kanununun derneklerin yardım toplamaya ilişkin uyması gereken kurallar ve bu kuralların örgütlenme özgürlüğüne etkileri değerlendirilecektir.

Dernekler örgütleri için yardım toplamak istediklerinde 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu ve Yardım Toplama Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik hükümleri doğrultusunda faaliyet gösterir. Dernekler Yönetmeliğinin 100. maddesi de 2860 sayılı Yardım Toplama Kanununu işaret etmektedir.

Gerek 2860 sayılı Kanun ve gerekse Yardım Toplama Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelikte, yardımın bir tanımı yoktur. Kanunun 2. maddesinde “yardım toplamaya yetkili kişi ve kuruluşların, amaçlarına ve kamu yararına uygun olarak,

yardım toplama faaliyetlerine ait esasları kapsar” denilerek yardım toplamanın amacı ve yardım toplama “talep hukukunun” esas alındığı belirlenmiş ve “bağış kabulüne yetkili vakıflara kendi statülerine göre üyeleri ve diğer kişiler tarafından yapılacak bağış ve yardımlarla bunların öz kaynaklarından sağlayacakları gelirler, bu Kanunun kapsamı dışındadır” denilerek de bağışlar, bu kanunun kapsamı dışında tutulmuştur.^[20]

Bağış toplama ile yardım toplama arasında birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Bağış, bağış yapmak isteyen bireyin kendi iradesi ile dernek yetkililerine makbuz karşılığı yaptığı yardımdır. Bununla birlikte yardım toplama gelirleri ise bir kanun kapsamında mülki idare amirliklerinden alınacak izinle toplanan gelirlere denilmektedir.

Bu iki farklı gelir türünü birbirinden ayıran şey bağışın bir izne bağlı olmaksızın toplanabilmesine karşın yardım toplama bir izne bağlanmıştır.

İlgili kanunun 6. maddesinde “Kişiler ve kuruluşlar, yetkili makamdan izin almadan yardım toplayamazlar.” hükmü bulunduğu, bununla birlikte 7. maddesinde “Yardım toplama faaliyeti bir ilin birden fazla ilçesini kapsıyorsa o ilin valisinden, bir ilçenin sınırları içinde ise o ilçenin kaymakamından izin alınır” şeklindeki hükmüyle yardım toplama faaliyetinde izin alma makamının neresi olduğu açıkça düzenlenmiştir.

Derneklerin faaliyetlerini sürdürebilme açısından en önemli husus derneğin ekonomik gücüdür. Dernekler ekonomik güçlerini temelde bağış gelirleri ve yardım toplama gelirlerinden oluştuğu bilinmektedir. Bağış alma ve yardım toplama bir sivil toplum örgütü için son derece önemlidir.

IV. ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKININ GEREKLERİNİN YERİNE GETİRİLMESİNDE VE KORUNMASINDA DEVLETİN ROLÜ

Sivil alanı oluşturan dernekler, vakıflar, sendikalar ve siyasi partiler örgütlenmenin dışı yansıyan yüzü olan bir araya gelme ve bir amaç doğrultusunda faaliyette bulunma eylemlerini bir hukuk kuralları içerisinde yerine getirmektedir. Ancak bu hukuk kurallarının konulması ve uygulanması bağlamında temel ilke yasalar ve anayasa olmalıdır. Bu hukuk metinlerinin emrettiği tüm düzenlemeler ise temelde uluslararası sözleşmelere ve mevzuata uygun olmalıdır. Açıkçası sivil alanı düzenleyen tüm hukuk kuralları

[20] Ömer Aykul, *Dernekler Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2021), 103-104

öyle bir tasarlanmalı ki devlet otoritesine bu alanda fazla müdahale etme şansı verilmemelidir. Devletin sivil alandaki rolü sadece hareketsiz kalma, karışmama, kaçınma şeklinde olmalıdır.

Tüm insan hakları devletler bakımından iki yönlü yükümlülük doğurmaktadır. Devletler olumlu (pozitif) anlamda mali, idari ve hukuki tedbirler almak ve alınan tedbirleri uygulamaya geçirmek zorundadır. Devletlerin olumsuz (negatif) anlamda da yükümlülükleri vardır ve bu yükümlülük devletin bizzat kendisinin insan hakları ihlallerine yol açmaması gerektiğini ifade eder. Örgütlenme ve toplanma özgürlüklerinin de içinde yer aldığı ilk kuşak hakların genellikle olumsuz yükümlülük öngördüğü kabul edilir. Elbette devletin bu hakkı ihlal etmemek gibi bir negatif yükümlülüğü vardır. Devlet, örgütlenme ve toplanma özgürlükleri söz konusu olduğunda hareketsiz kalma, karışmama, kaçınma gibi “olumsuz” bir tutum takınmalıdır. Ancak bu tür bir tutum hakkın getirdiği yükümlülükler bağlamında yeterli değildir. Devletin bu özgürlükler söz konusu olduğunda yasal düzenlemeler yapmak, bu özgürlüklerin kullanılmasını kolaylaştıracak idari önlemler almak, üçüncü kişilerce bu özgürlüklere yönelik gerçekleştirilen müdahalelere karşı kişileri korumak gibi bir dizi önlem alması gerekmektedir.^[21]

Devletin negatif yükümlülüğüyle örgütlenme özgürlüğüne kendisinin müdahale etmeyeceği gibi pozitif yükümlülükle de bir başkasının yani üçüncü kişilerin bu hakkın kullanılmasını engellemesine müdahale etmektedir. Devlet bir bütün olarak yasama, yürütme ve yargı erkiyle birlikte bu alanda oluşabilecek bir hak ihlaline karşı pozitif ve negatif yükümlülüğünün bilincinde hareket etmelidir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında sivil alanda devletin rolünü “Aslında, devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasında kesin ayrımlar yapmak her zaman olanaklı değildir. Buna karşın devletin bu her iki yükümlülüğüne ilişkin olarak da uygulanacak ölçütlerde de bir değişiklik olmamaktadır. Devletin ister pozitif ve isterse de negatif yükümlülüğü söz konusu olsun bireyin ve bir bütün olarak toplumun çatışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir (bkz. *Sorensen ve Rasmussen/ Danimarka*, B. No: 52562/99 ve 52620/99, 11/1/2006 § 58). Anayasa Mahkemesi bu adil dengenin kurulup kurulmadığına karar verirken, kamu

[21] Karan, *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü*, 73

gücünü kullanan organların bu alanda belirli bir takdir marjına sahip olduğunu göz önünde bulunduracaktır.”^[22] şeklinde vurgulamıştır.

Ancak ülkemizde son yıllarda yasa koyucuların bu alanda yaptığı bir takım yasal düzenlemeler, idarenin bu yasal düzenlemelerden aldığı yetkiyle hazırlamış olduğu alt düzenlemeler ve bununla birlikte yargıda verilen bir takım kararların sivil alana açığa müdahale edildiğini bize göstermektedir.

V) SIVİL TOPLUM ÖRGÜTLERİNİN TABİ OLDUĞU MEVZUATLARDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜNE ETKİLERİ

“Örgütlenme hürriyeti, yalnızca “kişilerin ya da tüzel kişiliklerin bir örgüt kurabilme ve bir örgüte üye olabilmelerini değil; aynı zamanda yerel, ülke dışı ve uluslararası kaynaklardan insan, maddi ve mali kaynak talep edebilmelerini, bu kaynakları alabilmelerini ve kullanabilmelerini de kapsar.”^[23]

Kamu otoritesi örgütlenme hürriyetini kullanan bireylere karşı hukuksuz ve keyfi sınırlandırmalardan uzak durulmalıdır. Örgütlenme özgürlüğü sivil alanın demokratikleşmesine ve bununla birlikte güçlü sivil toplumun var olmasına hizmet etmektedir.

“Örgütlenme hürriyetine getirilecek her türlü sınırlama, uluslararası hukuk ve standartlara kesin bir uyum göstermeli, yasayla tayin edilmeli, meşru bir amacın gerçekleştirilmesiyle sınırlı kalmalı ve gözetilen meşru amaç bakımından gerekli ve orantılı olmalıdır.”^[24]

Yasa koyucunun sivil alanı ilgilendiren kanunlarda bir dizi düzenlemeye gitmesi sonucunda sivil alanın bu durumdan etkilendiğini görmekteyiz. Özellikle Dernekler Kanunu’nda ve Yardım Toplama Kanunu’nda yapılan değişiklikler bunun başında gelmektedir.

[22] AYM, *Tayfun Cengiz Kararı*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 36

[23] *BM Barışçıl Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Özel Raportörü Raporu*, A/HRC/23/39, (Strasbourg; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 24 Nisan 2013), 28 Şubat 2022 https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.39_EN.pdf

[24] *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. Maddesi Rehberi: Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü*, (Strasbourg; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 31 Ağustos 2021), 28 Şubat 2022 https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_11_ENG.pdf

Yapılan bu çalışmada devletin birincil ve ikincil mevzuatlar bağlamında yaptığı değişikliklerin sivil alanda yarattığı birtakım etkileri ortaya konmaya çalışılacaktır. Özellikle Dernekleri ilgilendiren mevzuatlarda 2019 ve 2020 yıllarında peş peşe yapılan değişiklikler neticesinde sivil alanın daraltıldığı ve bununla birlikte örgütlenme özgürlüğünün kamu otoritesince denetim altına alınmak amacı taşıdığı görülmektedir.

A) DERNEKLER KANUNU'NUN GENEL KURUL TOPLANTISI VE ORGANLARA SEÇİLENLER İLE ÜYELERİN İDAREYE BİLDİRİLMESİNİ DÜZENLEYEN 23. MADDESİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

Günümüzde dernekler, demokrasinin en önemli ve vazgeçilmez unsurları olarak kabul edilmektedir. Dernekler, birçok gönüllü kamu hizmetinin yerine getirilmesinde, bireylerin toplumsal ve siyasal hayata katılımının sağlanmasında, toplumsal veya ülke yönetimiyle ilgili konularda projeler üretilmesinde, vatandaşlık bilincinin kazanılmasında ve etkin vatandaşlığın yaratılmasında, bireylerin sosyalleştirilmesinde ve üretkenliklerinin artırılmasında önemli rol oynamaktadır. Dernekler, toplumda açık fikirliliğin, çoğulculuğun ve hoşgörü ortamının oluşmasını sağlayan başlıca örgütlenmelerdir.^[25] Bu örgütlenmenin temelinde insan kaynağı yatmaktadır. Bir amaç doğrultusunda bir araya gelmiş insanlar sivil toplumun temelini oluşturmaktadırlar. Bu sebeple sivil alanda faaliyet gösteren her bir derneğe üye olmak ve üyelikten ayrılmakta esas olan bireyin talebi ve bildirimidir. Bu bildirimlerin ayrıca bir prosedüre tabi tutularak açıklamaya zorlanması örgütlenme özgürlüğüne dolaylı olarak müdahale edildiği anlamına gelmektedir.

Nitekim son dönemde Dernekler Kanunu'nda yapılan birtakım değişiklikler yukarıda anlatılan ve örgütlenme özgürlüğüne dolaylı müdahale etkisini açıkça gözler önüne sermektedir. Örneğin 26 Mart 2020 tarihli 31080 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 7226 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla Dernekler Kanununun 23. maddesi değişikliğe uğramış olup derneklere birtakım yükümlülükler getirmektedir.

Dernekler Kanunu 23. maddesi “Dernekler, genel kurulu izleyen otuz gün içinde, yönetim kurulu ve denetim kurulu ile derneğin diğer organlarına

[25] Yüksel Metin ve Gamze Aslan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Özgürlüğü,” *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 12, no. 3 (Temmuz, 2007): 295.

seçilen asıl ve yedek üyeleri mülkî idare amirliğine bildirmekle yükümlüdür. Dernek organlarında ve yerleşim yerinde meydana gelen değişiklikler de aynı usule tâbidir. Genel kurul sonuç bildiriminin şekli, içeriği ve gerekli belgeler yönetmelikte düzenlenir.” şeklinde iken değişiklikle birlikte “Dernekler, genel kurulu izleyen otuz gün içinde, yönetim kurulu ve denetim kurulu ile derneğin diğer organlarına seçilen asıl ve yedek üyeleri, üyeliğe kabul edilenler ile üyeliği sona erenlerin adını, soyadını, doğum tarihini ve kimlik numarasını kabul edilme ve sona erme tarihinden itibaren kırk beş gün içinde merkezinin bulunduğu dernekler birimine bildirmekle yükümlüdür. Dernek organlarında ve yerleşim yerinde meydana gelen değişiklikler de aynı usule tâbidir. Genel kurul sonuç bildirimi ile üyeliğe ilişkin bildirimlerin şekli, içeriği ve gerekli belgeler yönetmelikte düzenlenir.” halini almıştır.

İlgili kanun maddesinde değişiklik yapılmasıyla birlikte yasa koyucu derneklere ek birtakım yükümlülükler yüklediği görülmektedir. Örneğin derneğe yeni üye olanlarla üyelikten çekilenlerin isim, soy isim, doğum tarihi ve kimlik numaraları mülki idare amirliğine verilmesi yönünde amir hüküm tesis edildiği görülmektedir.

Dernekler Kanunu’nda yapılan bu değişiklikle dernek yönetimlerinde yapılan bildirimlere ek bir takım yeni bildirim zorunlulukları getirildiği ilgili kanun maddesine *üyeliğe kabul edilenler ile üyeliği sona erenlerin adını, soyadını, doğum tarihini ve kimlik numarasını kabul edilme ve sona erme tarihinden itibaren kırk beş gün içinde merkezinin bulunduğu dernekler birimine bildirmekle yükümlüdür.* hükmü eklenerek yürürlüğe konulduğu görülmektedir.

Derneklerin kullanmış olduğu Dernekler Bilgi Sisteminde derneğe üye olan ve dernekten ayrılan kişilerin bildirimlerini mülki idari amirliklerince görülmektedir. Devletin tüm bu bilgilere haiz olmasına rağmen ayrıca yazılı bir bildirim zorunluluğu getirmesinin amacı sorgulanmalıdır.

Kanun koyucunun bu yasa değişikliğindeki meşru amacın ne olduğu konusunda sivil toplum örgütlerini tatmin edici bir açıklaması bulunmamaktadır. TBMM’ye sunulan teklifte bu düzenlemenin yapılmasındaki amacının “5253 sayılı Kanununun 23. maddesinde yapılan düzenleme ile dernek üyeliğine kabul edilenler ile üyeliği sona erenlerin bilgilerinin mülki idare amirliğine bildirilmesi zorunlu hale getirilmektedir.” şeklinde soyut ve genel geçer bir ifadeyle gerekçelendirilmektedir. Bu durum ne yazık ki sivil

alandaki bulunan ve sivil alana dahil olmak isteyen bireyler için bir durumun *açıklamaya zorlanma* olarak değerlendirilmektedir ki örgütlenme özgürlüğü alanına bir müdahale olarak değerlendirilmesi yanlış olmayacaktır.

Devletin hali hazırda bildiği bilgiyi ayrıca yazılı bildirimle derneklerden talep etmesi ortaya gereksiz iş yükü, kırtasiye gideri ve en önemlisi örgütlenme özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi bulunmaktadır.

Bu konuda Sivil Toplum Geliştirme Merkezinin hazırladığı *STGM: Örgütlenme Özgürlüğü ve Katılım Hakkı Bilgi Notunda*[26] bu yeni düzenlemeyi ulusal ve uluslararası mevzuat açısından değerlendirdiği ve bu düzenlemenin sivil toplum açısından bir kısıtlama olduğu görüşünü ileri sürmektedir. Raporda öne çıkan hususlar şu şekilde sıralanmaktadır.

Dernekler Kanunu'nda yapılan değişiklik, kişilerin Anayasa ile güvence altına alınan, açıklamaya zorlanamayacakları görüş ve düşüncelerini bir anlamda ifade eden dernek üyeliklerinin bildirim yoluyla açıklanması zorunluluğu getirdiği biçiminde yorumlanabilir. Bilginin kamu kurumlarına verilmesi açıklama niteliğinde olduğu öne sürülebilir.

Uluslararası hukuk alanında STÖ'lerin üyelik bildirim ve raporlama yükümlülüklerinin sınırlarını doğrudan belirleyen bir düzenleme ya da mahkeme kararı yoktur. Örneğin ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ne de Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi STÖ'lerin raporlama ve bildirim yükümlülüklerine değinmektedir. Bu nedenle, konu ile ilgili raporlar doğrudan uluslararası düzenleme veya mahkeme kararına değil, bu düzenlemelerin ardındaki genel ilkelere atıf yapmaktadır. Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi'ne bağlı Uluslararası STÖ'ler Konferansı STÖ Hukuku Uzmanlar Konseyi, üye ülkelerdeki artan benzer uygulamalar nedeniyle konuyu gündemine almış ve 27 Kasım 2018 tarihinde bir rapor yayınlamıştır. Uzmanlar Konseyi konuyu öncelikle *söz konusu yükümlülüklerin* Avrupa Konseyi Genel Sekreteri ve eski BM Özel Raportörünün de üzerinde durduğu üzere, *sivil toplum alanının kısıtlanmasına yönelik genel girişimlerin bir parçası olarak değerlendirilmesi gerektiğinin* altını çizmiştir.

[26] STGM, "Derneklerin Üye Bildirimine Dair Kanun Değişikliği" *Derneklerin Üyelerini Raporlama Yükümlülüğü Getiren Değişikliklerin Ulusal ve Uluslararası Mevzuata göre Değerlendirilmesi*, STGM: Örgütlenme Özgürlüğü ve Katılım Hakkı Bilgi Notu 3, (İstanbul: STGM Yayınları, 2020) 10 Ocak 2022 <https://www.stgm.org.tr/yayinlar/derneklerin-uye-bildirimine-dair-kanun-degisikligi>

Bunun yanı sıra Dernekler Kanunu'nda yapılan değişiklikle üyelik bilgilerinin bildirilmemesi durumunda bir idari para cezası öngörülmüştür. Dernekler Kanunu'nun 32. maddesine eklenen *23'üncü maddede belirtilen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen dernek yöneticilerine beş yüz Türk lirası idarî para cezası verilir* (s) bendiyle birlikte zamanı içinde yapılmayan bildirimler için dernek yöneticilerine 500- TL idari para cezası belirlemiştir.

Bir diğer yandan Dernekler Kanunu'nun 23 ve 32. maddelerindeki değişiklik yine Sivil Toplum Geliştirme Merkezinin hazırladığı Türkiye'de Örgütlenme Özgürlüğü'nün Genel Görünümü II Raporu'nda^[27] 7226 sayılı *“Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun”la, Dernekler Kanunu'nun 23 ve 32. maddelerinde yapılan değişiklikler ve kanuna getirilen ek geçici madde, derneklerin üye kazanmasını olumsuz etkilemektedir. Bu düzenlemenin örgütlenme özgürlüğünü koruma altına alan uluslararası belgelerle uyumlu olmadığı ve anayasal hakların kısıtlanması anlamına geldiği değerlendirilmektedir.* şeklinde ifade edilmiştir.

Hali hazırdaki mevzuat değişikliğinin yapılma nedeni ise İçişleri Bakanlığınca hazırlanıp 01/10/2018 tarih ve 30552 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Dernekler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (“Yönetmelik”) ile, Dernekler Yönetmeliği'nin “Beyanname Verme Yükümlülüğü” başlıklı 83. maddesine “(8) Dernek Beyannamesinin *Üye ve Çalışan Bilgileri*” başlıklı üçüncü bölümünün 1 inci sorusundaki *“1.2. Gerçek Kişi Üyelerin:” ve “1.3. Tüzel Kişi Üyelerin:” alt başlıklı tablolarında belirtilmesi istenilen bilgiler, dernek üyeliğine kabul edilme veya üyelikten çıkma ya da çıkarılma veya üyeliğin kendiliğinden sona ermesi durumlarında, birinci fıkrada belirtilen beyanname verme süresi beklenmeksizin işlem tarihini izleyen 30 gün içinde Dernekler Bilgi Sistemi (DERBİS) üzerinden bildirilir. DERBİS kullanıcısı olmayan dernekler bu bilgileri aynı usul ve süre içinde mülki idare amirliğine yazılı olarak bildirirler* fıkrasının Mülkiyeliler Birliği Derneği'nin açtığı dava sonucunda Danıştay 10. Dairesi^[28] tarafından iptal edilmesidir.

[27] STGM, *Türkiye'de Örgütlenme Özgürlüğü'nün Genel Görünümü II Raporu, 2019-2020 Sivil Toplum Alanında Dünyada ve Türkiye'deki Genel Durum*, (İstanbul: STGM Yayınları, Ocak 2022), 42 11 Mart 2022 <https://www.stgm.org.tr/turkiyede-orgutenme-ozgurlugunun-genel-gorunumu-ii-raporumuz-yayinda>

[28] T.C. Danıştay 10. Daire Esas: 2018/5249 Karar: 2021/1855 Tarih: 15.04.2021

İlgili davada Danıştay 10. Dairesi *Kanun'da düzenlenmediği halde, davalı idareye tanınan yetkinin sınırlarını genişleten ve kişisel verilerin ve özel nitelikte kişisel verilerin açık rıza alınmadan işlenmesini sağlayan düzenlemede hukuka, mevzuata ve kamu yararına uyarlık bulunmadığını belirterek* şeklinde hüküm kurarak ilgili maddelerinin iptaline karar verdiği görülmektedir.

Bakanlık daha önce yönetmelikle yapmış olduğu düzenlemeyi Danıştay 10. Dairesinin iptal kararından sonra kanun hükmüyle yeniden yürürlüğe sokarak sivil alanda faaliyet gösteren dernek üyelerinin kişisel verilerin mülki idare amirliklerine yazılı şekilde bildirme zorunluluğu getirmektedir.

Mülki idare amirleri illerinde ya da ilçelerinde kurulu olan derneklerin tüm bilgilerine DERBİS^[29] adı verilen sistemden kolayca ulaşabilmektedir. Kamu idaresi bu bilgilere açıkça erişebilmekte iken derneğe üye olanları ve üyelikten ayrılanları ayrıca yazılı olarak bildirim zorunluluğu getirmeleri sivil alana açıkça müdahale anlamı taşımaktadır. Bu kanun maddesinin amacı izaha muhtaçtır.

B) DERNEKLER KANUNU'NUN BEYANNAME VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE DENETİMİNİ DÜZENLEYEN 19. MADDESİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

Dernekler Kanunu'nun Beyanname verme yükümlülüğü ve denetimini düzenleyen 19. maddesindeki *Gerekli görülen hallerde, derneklerin tüzüklerinde gösterilen amaçlar doğrultusunda faaliyet gösterip göstermedikleri, defterlerini ve kayıtlarını mevzuata uygun olarak tutup tutmadıkları İçişleri Bakanı veya mülki idare amiri tarafından denetletilebilir.* hükmü 27.12.2020 tarihinde Resim Gazetede yayınlana 7262 sayılı kanunun 13. maddesiyle *Gerekli görülen hallerde, derneklerin tüzüklerinde gösterilen amaçlar doğrultusunda faaliyet gösterip göstermedikleri, defterlerini ve kayıtlarını mevzuata uygun olarak tutup tutmadıkları İçişleri Bakanı veya*

[29] Dernekler Bilgi Sistemi (DERBİS) ile Sivil Toplumla İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün Merkez ve Taşra Teşkilatı birimlerince yürütülen iş ve işlemler ve mevzuat gereği derneklerin vermekle yükümlü oldukları her türlü bildirim ile beyanname bildirimlerinin elektronik ortamda yapılması, bürokratik işlemlerin azaltılarak vatandaşın işlerinin kolaylaştırılması, istatistiki bilgilerin kısa sürede sorgulanarak raporlanması sağlanmıştır. <https://www.siviltoplum.gov.tr/dernekler-bilgi-sistemi-derbis> (Erişim Tarihi: 12.01.2022)

mülkî idare amiri tarafından kamu görevlilerine denetletilebilir. şeklinde değiştirilmiştir.

Yasa koyucu bu kanun maddesi değişikliğinin madde gerekçesinde derneklerin denetim yetkisinin mülki amirliklerince kamu görevlilerine denetletirilmesindeki amacı açıklanmamıştır. İlgili kanun teklifinde *derneklerin denetiminin periyodik yapılmasını teminen, yapılacak risk değerlendirmelerine göre denetimlerin üç yılı geçmeyecek şekilde her yıl, kamu personeli eliyle yapılması öngörülmektedir.* şeklinde gerekçelendirilmektedir.

Yapılan bu düzenlemeyle birlikte derneklerin denetiminin bu alanda hiçbir bilgisi ve tecrübesi olmayan herhangi bir kamu görevlisi tarafından yapılmasının yolu açılmaktadır. Böylelikle dernek denetimleri hukuka uygun ve etkili bir şekilde yapıp yapılmadığı konusunda tereddütler ortaya çıkacağı açıkça görülmektedir.

Kamu idaresi denetim gücünü bu konuda eğitim verdiği ve meslek olarak kazandırdığı kamu görevlileri eliyle yürütmesi esastır. Nitekim denetimin, denetim meslek memuru olmayan kamu görevlilerince yerine getirilmesi birçok tartışmayı da beraberinde getirecektir. Bu tartışmaların en başında ise yetkinlik, hukuka uygunluk, etkili denetim, objektiflik vb. gibi unsurlar bulunmaktadır.

Bir diğer yandan kanunun 19. maddesinde eklenen *bu denetimlerin, yapılacak risk değerlendirmelerine göre üç yılı geçmeyecek şekilde her yıl yapılması esastır* hükmüyle birlikte bazı derneklerin devlet otoritesi tarafından “sakıncalı” dernek olarak belirleneceği ve sürekli olarak denetim baskısı altında tutacağı öngörülmektedir.

Sivil toplumda olması gereken, bu şekilde olduğu kabul edilen durum *güven ortamı* olmalıdır. Devletin tüm sivil toplumu töhmet altına bırakan bu yaklaşımı *arızı* bir durumdur ve bu durum istisnai olarak addedilmelidir.

Bu şekilde istisnai olarak yaşanabilecek durum/durumlar nedeniyle bu yönde düzenlemeler yapmak sivil toplumun güvensiz olduğuna işaret etmekle beraber bu durum örgütlenme özgürlüğünün önüne engel olarak çıkmaktadır.

Derneklerin şeffaflığının sağlanması, faaliyetlerinden sorumlu olmalarını ve resmi makamlara yeterli bilgi vermelerini sağlamak için Avrupa yasalarında çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır. Bunların en yaygın olarak uygulananı

yıllık beyan verilmesi usulüdür. Beyandaki usulsüzlük, inceleme makamı tarafından yazılı olarak istenmesi halinde verilen süre içinde cevaplandırılır. Ayrıca resmi makamlar belli koşullarda derneklerin bürolarını denetleme yetkisine sahiptir. Bunun için önceden haber vermeleri ve mesai saatleri içinde denetim yapmaları gerekmektedir.

Ancak Avrupa'da çok az ülkede resmi makamlar, Türkiye'deki kadar geniş kapsamlı denetleme ve ağır ceza verme yetkisine sahiptir. Dernekler kanununun da yapılan bu değişiklikle birlikte denetim yetkisini çok sayıda devlet organına verdiği görülmektedir. Denetimler için belirli bir zaman yok ve herhangi bir zamanda yapılabilmektedir. Ayrıca denetim için bir yargı organının kararına ihtiyaç duyulmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun 8. maddesi (özel hayatın mahremiyeti), mesleki veya ticari faaliyetler veya işyerleri için de geçerlidir. Söz konusu faaliyetleri ve işyerlerini resmi makamların keyfi müdahalesine karşı korumaktadır. Bu nedenle, dernekler dahil sivil toplum kuruluşlarının bürolarının da uluslararası hukuk ile korunduğu sonucuna varılabilir. Bu durumda resmi makamlar derneklerin bürolarını denetleme ve kayıtlarını inceleme hakkına sahiptir. Ancak bunu uygun sınırlar çerçevesinde ve uluslararası hukukta belirtilen örgütlenme haklarına riayet ederek yapabilirler.^[30]

AB müktesebatı ve Avrupa ülkelerinde çağdaş ve medeni devlet anlayışı içerisinde bağımsız ve tarafsız denetim ve özellikle mali denetim yolu ön plana çıkmaktadır. Denetimleri genelde mali konularla sınırlı tutulmaktadır. Ancak bizim ülkemizdeki mevzuat denetimin dernek iş ve işlemlerinin bir kül halinde incelenmesine ve denetlenmesine imkân tanımaktadır.

Bunun yanı sıra her kamu görevlisinin dernek denetiminde görevlendirilmesi son derece yanlıştır. Dernek iş ve işlemlerini hukuka uygun bir şekilde denetlemek için sivil alana ve iivil alanı ilgilendiren tüm mevzuata hâkim olmayı gerektirmektedir. Günümüzde denetimde görevlendirilecek kamu personellerinin bu alana dair yetkinliğini ölçebilecek bir sistem kurulmamıştır. Mülki amirliklerince resen yapılacak bu atamalarla birlikte sivil alanın denetiminde birçok sorunla karşılaşılacağı beklenmektedir.

[30] TÜSEV, *Dernekler Kanunu'nun Bazı Maddelerine İlişkin Karşılaştırmalı Rapor*, (İstanbul: TUSEV Yayınları, 2004), 8.

Dernek denetimlerini mülki amirin görevlendireceği kamu görevlisi değil bir meslek memurluğu olan Dernek Denetçilerini yapması esastır. Denetçilerin tüm mesleki yetenek ve eğitim ve öğretim durumu ile sair vasıflarının iyice incelenmesi ve ona göre denetimlerde görevlendirilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra denetçilerin takip edilmesi ve denetçilik nitelik ve vasıfları ile etik değerlerini koruyup korumadıkları ve kendini yenilikler muvacehesinde geliştirip geliştirmediklerini izlenmelidir. Dernek denetçilerine eğitim ve yetenek durumuna göre sürekli olarak hizmet içi eğitimden geçirmesi etkin bir demek denetimi için olmazsa olmazdır. Dernek denetiminde arzu edilen bu şekilde iken şu an fiiliyatta olan durum ise bambaşkadır. Yasa koyucu derneklerin yetkin bir dernek denetçisi tarafından denetlenmesini bir yana bırakarak dernekler hakkında herhangi bir bilgiye sahip olmayan kamu görevlilerine bu yetkiyi bırakması son derece yanlıştır.

Uluslararası Af Örgütü sivil alanda faaliyet gösteren kuruluşların sık denetlenmesi ve denetime getirilmeye çalışılan standardın kanun yerine ikincil düzenlemelere bırakılması konusunda kapsamlı bir rapor hazırlayarak bu durumun örgütlenme özgürlüğüne etkilerini detaylıca ortaya koymuştur.

Rapor bir takım sivil toplum örgütleriyle hazırlanmış olup STK temsilcilerin beyanları şu şekilde raporda yer almıştır. “Uluslararası Af Örgütü’nün görüştüğü kâr amacı gütmeyen kuruluşlar, 7262 sayılı Kanun’da yer verilen ve sık denetimlerin yapılmasını öngören hükümleriyle ilgili endişe duyduklarını kaydetti. Görüşülen bazı kuruluş temsilcileri de Kanun’la birlikte artırılan idari para cezaları ile hapis cezalarının, yönetim kurullarında kaygılara yol açtığını ifade etti. Yoğun ve külfetli denetimlerin dayatılması, kâr amacı gütmeyen kuruluşların ezici bir çoğunluğu tarafından, hükümetin sivil toplum örgütlerini hedef almak ve bu örgütlerin meşru faaliyetlerini yürütebilme kabiliyetlerini zayıflatmak için keyfi olarak kullanılması mümkün olan ve büyük bir ihtimalle de kullanılacak olan cezalandırıcı bir tedbir olarak değerlendiriliyor. Görüşülen kurumlardan biri “İdari para cezalarındaki büyük artış bizi rahatsız etti” diyerek şunları ekledi: ‘Yüklü bir idari para cezası aldığımız takdirde böyle bir şeyin altından kalkabilmemiz mümkün olmayacak. Yönetim kurulumuza güvence verebilecek durumda değildik ve çoğu da istifa etmeyi tercih etti. Yönetim kurulunda görev yapacak yeni üyeleri bulmak da hiç kolay olmadı.’ Diğer örgütler ise artırılan

para cezalarının derneklerinin kapanmasına yol açabileceğine dair endişelerini dile getirdi.”^[31]

Ayrıca Sivil Toplum Geliştirme Merkezinin Dernekler Kanunu'nun 19. maddesinde yapılan değişiklikle derneklerin denetimlerinin *yapılacak risk değerlendirmelerine göre üç yılı geçmeyecek şekilde her yıl yapılması* öngörülmektedir. Anılan düzenleme ile idare tarafından keyfi bir şekilde belirlenecek ölçütler çerçevesinde bazı derneklerin *riskli* dernek olarak sınıflandırılacak ve buna göre sıkı bir denetime tabi tutulabilecektir. Değişiklik, idare tarafından keyfi gerekçelerle *sakıncalı* görülen dernekler üzerinde baskı kurmasını olanaklı kılarak örgütlenme özgürlüğüne dönük müdahalelerin yolunu açmaktadır ve buna dair yeterli bir güvence öngörülmemektedir.^[32]

Devletin dernekler için “risk” değerlendirme kıstasları ve bu değerlendirmenin nasıl yapılacağına dair kanunda detaylı bir açıklama yapmamış olması ve bu durumun ikincil mevzuata bırakılması keyfililiği ortaya çıkaracağı aşırtır.

Dernekler Kanununun 19. maddesinde *bu denetimlerin, yapılacak risk değerlendirmelerine göre üç yılı geçmeyecek şekilde her yıl yapılması esastır* şeklindeki düzenleme Dernekler Yönetmeliğinin Ek 1. maddesinde *Risk analizi yapılmasına ve derneklerin denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar Genel Müdürlükçe belirlenir.* hükmüyle keyfililiğe yol açacağını bize göstermektedir. Risk değerlendirme işlemi önce kanunla düzenlenmiş ardından detayları için bir yönetmelik düzenlemesi yapılmış ve en sonunda bu değerlendirme Sivil Toplumla İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün insiyatifine bırakıldığı görülmektedir.

Yapılan bu düzenlemeyle birlikte denetimde kullanılacak kıstasların neler olduğu açıkça belirtilmemektedir. Diğer yandan ise denetimin kimin uhdesinde olduğu konusundaki belirsizlik ise keyfililiği beraberinde getireceğinden şüphe bulunmamaktadır.

[31] Uluslararası Af Örgütü, *Türkiye: Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun, Daha Şimdiden Sivil Toplum Üzerinde ‘Caydırıcı Etkiye’ Yol Açtı, 7262 sayılı Kanun’un Kar Amacı Gütmeyen Örgütlere Etkisi Raporu*, (Ekim 2021), 6-7.

[32] STGM, *Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun Teklifi Hakkında Genel Görüşler*, (İstanbul: STGM Yayınları, 2020) 12 Ocak 2022 <https://www.stgm.org.tr/derneklere-denetimi-artiran-yasa-teklifine-dair-hazirladigimiz-bilgi-notu-yayinda>

C) YARDIM TOPLAMA KANUNU'NUN 6. MADDESİNDEKİ YAPILAN DÜZENLEMEYLE İNTERNET ÜZERİNDEN YAPILAN KAYNAK GELİŞTİRME FAALİYETLERİNİN DENETİM ALTINA ALINMASI

STK'ların faaliyetlerini sürdürmeleri için maddi kaynağa ihtiyacı vardır ve bu kaynağın sağlanmasının en temel yollarından birisi aynı veya nakdi bağış toplamaktır. Bağışlar kamu makamlarından, yabancı devletlerden, hükümetler arası örgütlerden veya özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinden sağlanabilmektedir. STK'ların kaynak geliştirme faaliyetleri örgütlenme özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır.^[33]

Ülkemizde sivil toplum örgütleri bağış kabullerini ve yardım toplama faaliyetlerini 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu ve Yardım Toplama Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik hükümleri doğrultusunda sürdürmektedir. Ancak Yardım Toplama Kanununda 2020 yılında değişikliğe gidilerek yardım toplama izin zorunluluğu alanı genişletilmiştir.

2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nun *İzin Alma Zorunluluğu* başlıklı 6. maddesinin *Kişiler ve kuruluşlar, yetkili makamdan izin almadan yardım toplayamazlar. Ancak, kamu yararına çalışan dernek, kurum ve vakıflardan hangilerinin izin almadan yardım toplayabilecekleri, Cumhurbaşkanınca belirlenip ilan edilir. İzin alınmadan girişilen yardım toplama faaliyetleri güvenlik kuvvetlerince derhal men edilir ve sorumlular hakkında kovuşturma yapılır.* şeklinde olan hükmüne 27.12.2020 tarihinde 7262 sayılı kanunla yapılan değişiklikle *İzinsiz yardım toplama faaliyetinin internet ortamında yapıldığının tespiti hâlinde ilgili valilik veya İçişleri Bakanlığı tarafından içerik ve/veya yer sağlayıcıya, yardım toplama faaliyetine ilişkin içeriğin çıkarılması için internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirimde bulunulur. İçeriğin en geç yirmi dört saat içinde içerik ve/veya yer sağlayıcı tarafından çıkarılmaması veya içerik ve yer sağlayıcıya ilişkin bilgilerin edinilememesi ya da teknik nedenlerle bildirimde bulunulamaması hâlinde ilgili valilik veya İçişleri Bakanlığı internet ortamındaki söz konusu içeriğe ilişkin erişimin engellenmesine karar verilmesi için sulh ceza hâkimliğine başvurur. Hâkim, talebi en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar ve gereği yapılmak*

[33] Gökçiçek Ayata ve Ulaş Karan, *Sivil Topluma Aktif Katılım: Uluslararası Standartlar, Ulusal Mevzuattaki Engeller, Öneriler*, (İstanbul: Tüsev Yayınları, Mayıs 2015), 76.

üzere doğrudan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna gönderir. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir. Bu fıkra kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararı, içeriğe erişimin engellenmesi (URL vb.) yöntemiyle verilir. hükmü eklenmiştir.

27.12.2020 tarihinde ek fıkra eklemeden önce 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu uyarınca, kişilerin ve kurumların yardım toplama faaliyetleri için zaten önceden bir izin alma şartı öngörülmüş durumdaydı. Ek fıkranın eklenmesiyle birlikte internet ortamındaki kaynak geliştirme faaliyetlerini de artık bir ön izne tabi kıldığı görülmektedir.

Bununla birlikte yukarıda anılan hükmün kanun maddesine eklenmesiyle birlikte yapılan bu değişiklikler derneklerin kendi kaynaklarını yaratmalarını daha zor bir hale getirmiştir.

Türkiye Üçüncü Sektör Vakfı TÜSEV'in 2020 yılında yayınladığı Türkiye'de Yardım Toplama Mevzuatına Dair Değerlendirme, Sorunlar ve Engeller başlıklı raporunda yapılan yasal düzenlemelere yönelik birtakım eleştiriler bulunmaktadır.

Dünyada sivil toplum kuruluşlarının (STK) yardım/bağış toplama faaliyetlerine yönelik geliştirilen yasal düzenlemeler STK'ların mali sürdürülebilirliğini sağlamak, bağışçılığı teşvik etmek ve bu faaliyetlerin şeffaflığı ve hesap verebilirliğini geliştirmek yönünde hedefler çerçevesinde oluşturulmaktadır. Türkiye'de ise STK'ların yardım toplama faaliyetlerine ilişkin yasal çerçeve ve uygulamalar kısıtlayıcı bir yaklaşımla düzenlendiğinden, örgütlenme özgürlüğüne engel teşkil ettikleri gibi STK'ların faaliyette bulunmalarını ve büyümelerini zorlaştırmakta, sektörün büyümesini yavaşlatmakta, hatta engellemektedir.^[34]

Devlet otoritesinin yardım toplama bahsinde çok ciddi denetimi ve baskısı bulunmaktadır. Özellikle derneklerin yardım toplamadan önce mülki amirliklerinden izne tabi tutulması ve mülki amirliklerin başvuruları hangi objektif kıstaslar çerçevesinde değerlendirdikleri izaha muhtaçtır.

Aynı amaç doğrultusunda faaliyet gösteren iki farklı dernekten birisine yardım izni verilirken diğerine izin verilmediği çok sık rastladığımız

[34] TÜSEV, *Türkiye'de Yardım Toplama Mevzuatına Dair Değerlendirme, Sorunlar ve Engeller, Bilgi Notu*, (İstanbul: Tüsev Yayınları, Mart 2020), 2.

hadiselerin başında gelmektedir. Bu tür engellemeler ve müdahaleler sivil alanın gelişmesini engellemekle birlikte sivil alanda ayrımcılık ve ötekileştirmeye sebebiyet verdiği gözlemlenmektedir.

Bu mevzuat çerçevesinde sivil toplum örgütlerinin daha fazla ayakta kalabilmeleri mümkün gözükmemektedir. Buradaki problem derneklerin izin alma süreçlerinden muaf tutulma istekleri değildir. Asıl sorun yardım toplama izni verecek makamların objektiflikten ve şeffaflıktan uzak bir şekilde karar alıyor olmalarıdır. Yardım toplama izni neye göre verildiği ve neye göre reddedildiği konusunda bir bilgi bulunmamaktadır.

Buna en güzel örnek 2021 yılında İstanbul Valiliğince, İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne bağlı 30 yıllık İstanbul Vakfı'na, Kurban Bayramı'nda ihtiyaç sahibi ailelere kurban eti ulaştırma kampanyası için yardım toplama izni verilmemesi gösterilebilir. Nitekim bu yanlış karardan İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı Ekrem İmamoğlu'nun sosyal medyadan tepki göstermesi sonrası dönülmüş olup yardım toplama izni verilmiştir.^[35] Görüldüğü üzere yardım toplama başvurularının değerlendirilmesinde objektif kriterin olmadığı ve kamu otoritesinin keyfine bırakıldığı açıktır.

Yukarıda andığımız yeni mevzuat değişikliğinin etkileri yavaş yavaş görülmeye başlanmıştır. Yine İstanbul Vakfı bu yeni düzenleme sonrası dijital bağış toplama faaliyetlerinden men edilmiştir.^[36] İstanbul Valiliğince izinsiz dijital yöntemle bağış topladığı gerekçesiyle İstanbul Vakfına ait kiosklarla el konulmuştur.

Bu düzenleme sonrasında Ali İsmail Korkmaz Vakfı (ALİKEV) da yardım toplama izni alamamıştır. ALİKEV bu durumu "2020 Aralık ayında yürürlüğe giren "Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun" ve bu kanun kapsamında "Dernekler Kanunu ve Yardım Toplama Kanunu"nda yapılan değişikliklerin ardından sivil toplum örgütleri için yardım kampanyası düzenlemek giderek zorlaştı. Dijital veya kitlesel bağış kampanyaları için Valilik tarafından verilmesi gereken "yardım

[35] "İçişleri Bakanlığı, İmamoğlu'nun tepkisinin ardından kurban bağışı yapılmasına izin verdi" erişim 3 Temmuz 2022, <https://tr.euronews.com/2021/07/02/ekrem-imamoglu-dan-bakan-soylyu-ya-tepki-kurban-bag-s-toplamam-za-izin-verilmiyor>

[36] "İstanbul Valiliği'nden İBB vakfına yardım engeli" erişim 3 Temmuz 2022, <https://www.sozcu.com.tr/2022/gundem/istanbul-valiligi-ibb-hakkinda-yasal-islem-baslatildigini-acikladi-6930793/>

toplama izni” başvurumuz hala sonuçlanmadı. İzin süreci tamamlanmadan gerçekleştireceğimiz bağış kampanyası sonucunda toplanan bağışlara el konulma riski ile karşı karşıya olmamız, bizim için çok daha önemli olan destekçilerimizle kurduğumuz güven ilişkisini zedeleyeceğini düşünerek, her sene gençlerin eğitim hayatına devam edebilmesi için başlattığımız İstanbul Maratonu kampanyasını, ALİKEV olarak bu sene yapmama kararı aldık.” şeklinde duyurmuştur. Açıklama da Yardım Toplama Kanununda yapılan değişiklikle sivil toplum örgütlerinin yardım toplamalarının giderek zorlaştığı vurgusu yapılmıştır.^[37]

Tüm bu düzenlemeler ve bu düzenlemelerin sivil alanda gösterdiği etkiler bağlamında yapılan değerlendirmede sivil alanın örgütlenme özgürlüğü açıkça tehlike altında olduğu görülmektedir. Kamu otoritesinin keyfine bırakılan izin süreçleri ve izne tabi olan bağış/yardım faaliyet çeşitlerinin arttırılması ilerleyen günlerde etkilerini daha fazla gösterecektir.

[37] “43. İstanbul Maratonu’nda Bağış Kampanyası Açamıyoruz!” Ali İsmail Korkmaz Vakfı, erişim tarihi 3 Temmuz 2022, https://alikev.org/2021/11/04/maraton_2021/

SONUÇ

Örgütlenme özgürlüğü hem uluslararası mevzuatta hem de ulusal mevzuatta açıkça bir hak olarak tanımlanmış ve bu hakkın kısıtlanması veya kullanılmasının açık/örtülü şekilde engellenmesi açıkça kabul edilemez bir durumdur.

Derneklerin kuruluşundan başlayarak, amacı doğrultusunda faaliyet göstermesi, özgürce üyelik ve gönüllük yönetimiyle bireylere ulaşması, faaliyetlerini yapabilmesi için özgürce bağış ve yardım toplayabilmesi sivil toplumun olmazsa olmaz çekirdek haklarından. Bu haklar anayasayla ve yasayla güvence altına alınmalı ve dokunulamamalıdır.

Kanun koyucular bu alana müdahalesi oldukça sınırlı olmalı ve Anayasa'da belirtilen birkaç husus dışında sınırlamaya gitmemelidir. Aksi takdirde "sivil" ve "iradesi" olmayan bir alan meydana gelir ki bu alanın da ideal sivil toplum alanından uzaklaşmak anlamına gelir. Bunun demokratik hukuk devletine bir katkısı bulunmaz.

Özellikle ülkemizde 2019 yılından bu yana Dernekler Kanunu ve Yardım Toplama Kanununda yapılan değişikliklerin sivil toplum örgütlerinin örgütlenme özgürlüğünün kullanılması noktasında kısıtlamalarla karşı karşıya kaldığını göstermektedir.

Her yasal düzenlemenin temel metin olan Anayasa'ya uygun ve alanı düzenleyen diğer mevzuatla da uyumlu olması hukuki güvenlik hakkı kapsamında haklı bir beklentidir. Dernekler Kanunu'nun 23. maddesinde yapılan değişiklikle üyeliğe giriş-çıkış işlemlerinin yazılı olarak mülki amirliğe bildirilmesi kamu otoritesinin elinde var olan bilgiler olmasına rağmen, yeniden bildirim zorunluluğuyla örgütlenmenin kamunun denetimi altına alınmak istemesinin apaçık örneğidir. Bu kanunun maddesinin örgütlenme özgürlüğünü açıkça ihlal ettiği görülmektedir.

Diğer yandan Dernekler Kanunu'nun 19. maddesinde yapılan değişiklik dernek denetimlerinin kimin uhdesinde bulunduğuna ilişkin bir belirsizlik ortaya çıkarmaktadır. Dernek denetimlerinin mülki amirin belirlediği kamu görevlisi eliyle denetleneceği şeklinde yapılan düzenlemenin amacı anlaşılammıştır. Bununla birlikte denetim yetkisinin denetim alanında uzman kişilerin dışındaki kamu görevlilerine verilmesi denetimlerin eksik, yetersiz ve objektiflikten uzak olacağı açıktır. Böylelikle bu yetersiz denetim raporları beraberinde yaptırımları getirecektir. Bu yaptırımlar derneklerin

örgütlenme özgürlüklerine etki edeceği gibi sivil alanda kamu otoritesinin daha fazla etkin olmasına sebep olacaktır.

Son olarak Yardım Toplama Kanununda yapılan değişikliklerle sivil toplum örgütlerinin bağış/yardım toplama faaliyetleri eskiye nazaran daha zor hale getirilmiştir. Öncelikle izne tabi tutulan faaliyetler genişletilmiş ve bununla birlikte dijital alanda yapılan bağış faaliyetleri de izne tabi tutulmuştur.

Tüm bu düzenlemeler ve bu düzenlemelerin sivil alanda kendini gösteren etkileriyle birlikte değerlendirdiğimizde vatandaşların sivil alanda örgütlenme özgürlüklerinin giderek kısıtlandığını görmekteyiz. Kamu otoritesi sivil alana bu denli temas etmesi ve bununla birlikte bu alanın daraltılması noktasındaki değişiklikleri dolaylı yoldan ülke demokrasisine zarar vermektedir.

Demokratik hayatın iklimi çok seslilikle, katılımı ve sivil toplumla güzelleşir. Bu demokratik sivil toplum düzeni hukukla korunur. Hukukun sivil alanı adeta bir cezalandırma enstrümanı olarak kullanılmasına ilk olarak biz hukukçular karşı çıkmalıyız.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut. *Medeni Hukuk*. 13. baskı. İstanbul: Beta, 2008.
- Akkurt, Sinan Sami, Kemal Erdoğan ve Hüseyin Tokat. *Medeni Hukuk*. Ankara; Seçkin, 2021.
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. Maddesi Rehberi: Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü, Strasbourg; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ağustos 2021
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. *Kişiler Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Ayata, Gökçiçek, Ulaş Karan, Sivil Toplumda Aktif Katılım: Uluslararası Standartlar, Ulusal Mevzuattaki Engeller, Öneriler. İstanbul; Tüsev Yayınları, Mayıs 2015
- Aykul, Ömer. *Dernekler Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2021.
- BM. *Barişçıl Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Özel Raportörü Raporu*. A/HRC/23/39, Strasbourg; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Nisan 2013
- Erdoğan, İhsan ve A. Dilşad Keskin. *Türk Medeni Hukuku*. Ankara: Gazi Kitapevi, 2020.
- Köprülü, Bülent. *Medeni Hukuk Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, Aile Hukuku (1-3 Kitaplar)*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1970.
- Metin, Yüksel ve Gamze Aslan. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Dernek Özgürlüğü." *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 12, no .3 (Temmuz, 2007).
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2016.
- Palamut, Mehmet. *Medeni Hukuk*. Bursa: Alfa/Aktüel Kitapevi, 2004.
- STGM. "Derneklerin Üye Bildirimine Dair Kanun Değişikliği: Derneklerin Üyelerini Raporlama Yükümlülüğü Getiren Değişikliklerin Ulusal ve Uluslararası Mevzuata göre Değerlendirilmesi." STGM: Örgütlenme Özgürlüğü ve Katılım Hakkı Bilgi Notu 3, İstanbul, STGM Yayınları, 2020

- STGM. *Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun Teklifi Hakkında Genel Görüşler*. İstanbul: STGM Yayınları, 2020.
- STGM. *Türkiye’de Örgütlenme Özgürlüğü’nün Genel Görünümü II Raporu, 2019-2020 Sivil Toplum Alanında Dünyada ve Türkiye’deki Genel Durum*. İstanbul: STGM Yayınları, Ocak 2022.
- TUSEV. *Örgütlenme Özgürlüğü Hakkının Sınırlandırılması: Uluslararası Standartlar ve Türkiye’ye Dair Değerlendirme*. İstanbul: Tusev Yayınları, 2016). Erişim tarihi 18 Haziran 2022 https://www.tusev.org.tr/usrfiles/images/yayinlar/TUSEV_Atolye_Orgutlenme_Ozgurlugu_Hakkinin_Sinirlendirilmesi_Bilgi_Notu.pdf
- Türkiye Üçüncü Sektör Vakfı. *Örgütlenme Özgürlüğü Hakkının Sınırlandırılması: Uluslararası Standartlar ve Türkiye’ye Dair Değerlendirme*. İstanbul: Tusev Yayınları, 2016. Erişim tarihi 18 Haziran 2022 https://www.tusev.org.tr/usrfiles/images/yayinlar/TUSEV_Atolye_Orgutlenme_Ozgurlugu_Hakkinin_Sinirlendirilmesi_Bilgi_Notu.pdf
- TÜSEV. *Dernekler Kanunu’nun Bazı Maddelerine İlişkin Karşılaştırmalı Rapor*. İstanbul: TUSEV Yayınları, 2004.
- TÜSEV. *Türkiye’de Yardım Toplama Mevzuatına Dair Değerlendirme, Sorunlar ve Engeller Bilgi Notu*. İstanbul: Tusev Yayınları, Mart 2020.
- Ulaş Karan, *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü*. Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018.
- Uluslararası Af Örgütü. *Türkiye: Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun, Daha Şimdiden Sivil Toplum Üzerinde ‘Caydırıcı Etkiye’ Yol Açtı, 7262 sayılı Kanun’un Kar Amacı Gütmeyen Örgütlere Etkisi Raporu*. Ekim 2021.
- Zeytin, Zafer ve Ömer Ergün. *Türk Medeni Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2020.

Diğer Kaynaklar

“43. İstanbul Maratonu’nda Bağış Kampanyası Açamıyoruz!” Ali İsmail Korkmaz Vakfı, erişim tarihi 3 Temmuz 2022, https://alikev.org/2021/11/04/maraton_2021/

“İçişleri Bakanlığı, İmamoğlu’nun tepkisinin ardından kurban bağışı yapılmasına izin verdi” erişim 3 Temmuz 2022, <https://tr.euronews.com/2021/07/02/ekrem-imamoglu-dan-bakan-soylu-ya-tepki-kurban-bag-s-toplamam-za-izin-verilmiyor>

“İstanbul Valiliği’nden İBB vakfına yardım engeli” erişim 3 Temmuz 2022, <https://www.sozcu.com.tr/2022/gundem/istanbul-valiligi-ibb-hakkinda-yasal-islem-baslatildigini-acikladi-6930793/>

“Örgütlenme Özgürlüğü Nedir?” STGM, erişim 18 Haziran 2022, <https://www.stgm.org.tr/orgutlenme-ozgurlugu-nedir>

AYM, *Tayfun Cengiz Kararı*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 31

AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, K.t. 19.04.1988, RG 23.08.1988-19908

AYM, *Emin Aydın Kararı*, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 47.

Danıştay 10. Daire Esas: 2018/5249 Karar: 2021/1855 Tarih: 15.04.2021

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesinin Tutukluluğun Resen İncelenmesi ve Tutukluluğa Karşı Yargısal Başvurunun Yürütülme Şekli İçtihadının Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi*

Gülce Ecem UÇAR**

* Bu makale, 2022 ELSA Ankara Prof. Dr. Münici Kapani IV. Makale Yarışması'nda ikinci olmuştur.

** İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Burslu Yüksek Lisans Öğrencisi,
(ucargulceecem@gmail.com), **ORCID ID:** [0000-0002-7585-3302](https://orcid.org/0000-0002-7585-3302)

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN TUTUKLULUĞUN RESEN İNCELENMESİ VE TUTUKLULUĞA KARŞI YARGISAL BAŞVURUNUN YÜRÜTÜLME ŞEKLİ İÇTİHADININ KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, bireylerin irade ettiği biçimde hareket edebilmesi özgürlüğünü devletin keyfi müdahalelerine karşı güvence altına alır. 1982 Anayasası'nın 19. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi ve birçok uluslararası belgede korunan hakkın en önemli istisnalarından biri tutukluluktur. Tutukluluk kararının verilmesinde ve devam ettirilmesinde keyfiyetin önlenmesi, böylelikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edilmemesi için tutukluluğa karşı yargısal başvuru ve tutukluluğun resen incelenmesi güvencelerinin tanınması gerekmektedir. Çalışmada, tutukluluğa itiraz, tahliye talebi ve tutukluluğun incelenmesi kurumlarına başvurunun dosya üzerinden mi duruşmalı olarak mı yapılması gerektiği sorusuna, iç hukukumuzdaki düzenlemeler ile tarafı olduğumuz AİHS hükümleri karşılaştırılarak, cevap aranmıştır. Konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarına da yer verilip mahkemelerin bu husustaki içtihatları eleştirilerek olması gereken hukuk anlamında benimsenmesi gereken çözüm ortaya konulmuştur.

Anahtar kelimeler:

tutuklama kararı

tutukluluğa itiraz

özgürlük ve güvenlik hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. madde

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 19. madde

**ASSESSING THE PRECEDENCE OF EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS AND TURKISH CONSTITUTIONAL
COURT ABOUT THE CONDUCTION OF EX OFFICIO
EXAMINATION AND JUDICIAL APPEAL FOR DETENTION
WITHIN RIGHT TO PERSONAL LIBERTY AND SECURITY**

ABSTRACT

Right to personal liberty and security protects people's freedom of moving in accordance with their will from the state's arbitrary intervention. Detention is one of the most significant exceptions of right to personal liberty and security addressed in Article 19 of the Turkish Constitution of 1982, Article 5 of the European Convention of Human rights and in many other international documents. To prevent arbitrariness in both ordering or maintaining one's detention and protect right to personal liberty and security in that way, ex officio examination and judicial appeal for detention order are necessitated. In this paper, the question of whether objection against detention, request for release and ex officio examination of detention should be conducted with or without hearing is discussed by comparing the regulations in our domestic law and European Convention of Human Rights. Also, relevant decisions of European Court of Human Rights and Turkish Constitutional Court are analysed and criticized to propose a solution in accordance with *lex lata*.

Keywords:

decision to arrest

opposition to decision to arrest

right to liberty and security

Article 5 of European Convention on Human Rights

Article 19 of Turkish Constitution

GİRİŞ

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, kişinin bedensel olarak kısıtlanmadan, irade ettiği biçimde hareket edebilmesi özgürlüğüne ve güvencesine^[1] sahip olmasını korur. Bir madalyonun iki yüzü olarak düşünülmesi gereken kişi özgürlüğü bireylerin serbestçe hareket edebilmesini öngörürken kişi güvenliği de bu özgürlüğe yapılacak keyfi müdahalelerin önlenmesini amaçlar.^[2] Yani bir bütün olarak düşünüldüğünde, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı; devletin, bireylerin hareket etme ve yer değiştirme özgürlüğüne keyfi müdahalesinin engellenmesi için tanınmıştır.^[3] Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, tarihsel süreç içerisinde; toplumu ve içindeki her bir bireyi, yalnızca onu yöneten egemenin tebaası olarak gören anlayışın, yönetim erkini elinde bulduranların keyfi uygulamaları nedeniyle güç kaybetmesi sonucu pek çok düzenlemeye konu olmuştur. İlk olarak 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum*'un 39. maddesinde özgür bireylerin yasa hükmü olmadan tutulamayacağı veya hapsedilemeyeceği şeklinde yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı; bireylerin keyfi biçimde tutuklanması, hapsedilmesi ve bu nedenlerle hareket serbestilerinin kısıtlanmasını önlemek amacıyla 1628 tarihli *Petition of Rights*, 1679 tarihli *Habeas Corpus Act*, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi gibi metinlerin^[4] önemli düzenlemeleri içerisinde değerlendirilmiştir.

Uluslararası alanda ise kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 3.^[5] ve 9.^[6] maddelerinde, Medeni ve Siyasal Haklar

[1] Serap Keskin, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no. 1-2, (2002): 49.

[2] Behiye Eker Kazancı, "AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması," *TBB Dergisi*, no. 98, (2012): 77.

[3] AYM, *Can Dünder ve Erdem Gül*, B. No: 2015/18567, 25.02.2016, § 62.

[4] Keskin, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler," 50.

[5] *Madde 3*: "Yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır."

[6] *Madde 9*: "Hiç kimse keyfi olarak tutuklanamaz, alıkonulamaz veya sürülemez."

Sözleşmesi'nin 9. maddesinde^[7] ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde^[8] yer almıştır. Bu çalışmanın da üzerinde duracağı AİHS'in 5.

[7] *Madde 9:* “1. Herkes kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse keyfi olarak gözaltına alınamaz veya tutulamaz. Hiç kimse hukukun öngördüğü sebepler ve usuller dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

2. Gözaltına alınan bir kimse, gözaltına alınma sebepleri hakkında gözaltına alındığı sırada ve kendisine isnat edilen suçlar konusunda derhal bilgilendirilir.

3. Cezai bir fiilden ötürü gözaltına alınan veya tutulan bir kimse derhal bir yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli önüne çıkarılır ve bu kimse makul bir sürede yargılanma veya salıverilme hakkına sahiptir. Yargılanan bir kimsenin tutuklanması genel bir kural olamaz; yargılamanın her aşamasında tutuklunun salıverilmesine karar verilebilir; salıverilme bu kimsenin duruşmaya gelmesini sağlamak ve mahkûm edilmesi halinde hükmün infazını temin etmek için teminata başlanabilir.

4. Gözaltına alınarak veya tutularak özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimse, tutulmasının hukukiliği hakkında hemen karar verebilecek ve eğer tutulması hukuki değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Hukuka aykırı olarak Gözaltına alınmaktan veya tutulmaktan mağdur olan bir kimse icrası mümkün bir tazminat hakkına sahiptir.”

[8] *Madde 5:* “1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

maddesinin ilk fıkrası, kişi özgürlüğü güvenliği hakkının çerçevesini belirlerken "...yasanın öngördüğü usule uygun..." diyerek taraf devletlerin iç hukukuna göndermede bulunmuştur.^[9]

Ulusal mevzuatımızda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının düzenlenişini, Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları kapsamında incelemekte fayda vardır. Söz konusu hakkın özellikle kişi güvenliği boyutu, 1924 Anayasası 72. maddede "Kanunen muayyen olan ahval ve eşkalden başka bir suretle hiçbir kimse derdest ve tevkif edilemez." şeklinde hüküm altına alınmıştır.^[10] Temel hak ve özgürlükleri 1924 Anayasası'na kıyasla daha ayrıntılı düzenleyen 1961 Anayasası'nın^[11] 30. maddesi^[12] ise kişi güvenliği başlığı altında ilgili hakka

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. "Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir."

[9] Feridun Yenisey ve Salih Oktar, "İnsan Hakları Açısından Yakalama ve Tutuklama," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, (2019): 3128.

[10] Atakan Altun, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Sınırlanması ve Sonuçları," (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013), 43.

[11] Altun, *Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Sınırlanması ve Sonuçları*, 45.

[12] *Madde 30*: "1. Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmayı veya delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadiyle veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Tutukluluğun devamına karar verilebilmesi aynı şartlara bağlıdır.

yer vermiştir. 1961 Anayasası'nda yapılan ve Anayasa'nın özgürlükçü bakış açısını giderek baskılayan 1971^[13] ve 1973^[14] tarihli değişiklikler, 30. maddenin 4. fıkrasının da git gide daha sınırlı bir korumaya sahip olmasına yol açmıştır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, 1982 Anayasası'nın 19. maddesinde^[15] düzenlenmiştir. 1924 ve 1961 Anayasalarından farklı olarak madde

2. Yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

3. Yakalanan veya tutuklanana kimselere, yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların yazılı olarak hemen bildirilmesi gerekir.

4. Yakalanan veya tutuklanan kimse, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç yirmidört saat içinde hâkim önüne çıkarılır ve hâkim kararı olmaksızın, hürriyetinden yoksun kılınmaz. Yakalanan veya tutuklanan kimse hâkim önüne çıkarılınca durum hemen yakınlarına bildirilir.

5. Bu esaslar dışında işleme tâbi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar kanuna göre Devletçe ödenir.”

[13] 20.9.1971 tarihli ve 1488 sayılı Kanunla ilgili maddenin 4. fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

30/4: “Yakalanan veya tutuklanan kimse tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç kırksekiz saat ve kanunun açıkça belli ettiği hallerde toplu olarak işlenen suçlarda yedi gün içinde hâkim önüne çıkarılır ve bu süre geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun kılınmaz. Yakalanan veya tutuklanan kimse, hâkim önüne çıkarılınca durum hemen yakınlarına bildirilir.”

[14] 1961 Anayasası 30. maddenin 4. fıkrasında, 15.3.1973 tarihli ve 1699 sayılı Kanunla yapılan son değişiklik aşağıdaki gibidir:

30/4: “Yakalanan veya tutuklanan kimse, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç kırksekiz saat ve Devlet Güvenlik mahkemelerinin görev ve yetkilerine giren suçlar ile kanunun açıkça belli ettiği hallerde toplu olarak işlenen suçlarda ve genellikle savaş ve sıkıyönetim hallerinde, kanunlarda gösterilen süre içinde hâkim kararı olmaksızın, hürriyetinden yoksun kılınmaz. Yakalanan veya tutuklanan kimsenin durumu hemen yakınlarına bildirilir.”

[15] *Madde 19:* “1. Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

2. Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde

başlığında “özgürlüğü” ifadesine de yer verilmiş ve böylelikle söz konusu hak, iki boyutuyla da kapsamlı olarak ele alınmıştır. Ayrıca maddenin 2. fıkrası 1961 Anayasası’nda olmayan istisnalar getirmiş, ancak 1961 Anayasası’nda varolanları da 3. fıkrayla korumuştur. Yani aslında hükmün ilk fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilkesi ortaya konulup ikinci ve üçüncü fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek kaydıyla söz konusu hakkın kısıtlanabileceği haller sınırlı olarak sayılmıştır.

veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

3. Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

4. Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılincaya kadar bildirilir.

5. (Değişik birinci cümle: 3/10/2001-4709/4 md.) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hâl ve savaş hâllerinde uzatılabilir.

6. (Değişik fıkra: 3/10/2001-4709/4 md.) Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

7. Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

8. Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

9. (Değişik: 3/10/2001-4709/4 md.) Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.”

Dolayısıyla kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, ancak 19. maddenin 2. ve 3. fıkralarında öngörülen durumlardan birinin varlığı hâlinde kısıtlanabilir.^[16]

Sayılan ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri incelendiğinde, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına getirilen en önemli istisnalardan birinin de tutukluluk hali olduğu anlaşılacaktır. Tutukluluk, suçluluğu konusunda kesin hüküm bulunmamasına rağmen hakkında kuvvetli suç şüphesi olan şüpheli veya sanığın özgürlüğünün, kaçma veya delilleri karartma gibi nedenlerle^[17] ceza yargılamasının amacına ulaşmaması riskinin önlenmesi adına, hâkim kararıyla geçici olarak kaldırılması şeklinde tanımlanabilir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının en önemli istisnalarından olan tutukluluğun keyfi uygulanması halinde, söz konusu hakkın ihlalinin gündeme geleceği kuşkusuzdur. Tutukluluk kararının verilmesinde ve devam ettirilmesinde keyfiyetin önlenmesi ve böylelikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edilmemesi için tutukluluğa karşı yargısal başvuru ve tutukluluğun resen incelenmesi güvencelerinin tanınması önem taşımaktadır. Ancak, tabii ki, söz konusu güvencelerin tanınması kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlalinin engellemek adına yeterli değildir. Hakkın korunabilmesi için, uygulamada bu kurumların nasıl işlediği değerlendirilmelidir.

Bu çalışmada; kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına getirilen tutukluluk istisnasının meşru sınırlarını belirlemede önem taşıyan tutukluluğa itiraz, tahliye talebi ve tutukluluğun incelenmesi kurumlarına başvurunun dosya üzerinden mi duruşmalı olarak mı yapılması gerektiği sorusuna, iç hukukumuzdaki düzenlemeler ile tarafı olduğumuz AİHS hükümleri karşılaştırılarak, cevap aranacaktır. Konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarına da yer verilecek ve mahkemelerin bu husustaki içtihatları eleştirilip olması gereken hukuk anlamında benimsenmesi gereken çözüm ortaya konacaktır.

I. TUTUKLULUĞUN RESEN İNCELENMESİ VE TUTUKLULUĞA KARŞI BAŞVURU HAKKI

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının kısıtlanması nedeniyle kendiliğinden yapılan yargısal denetim ve bireylere tanınan yargısal başvuru hakkı hem

[16] AYM, *Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2.7.2013, § 42.

[17] Nur Centel, “Tutuklama Uygulamasında Sorunlar,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 71, no. 1, (2013): 193.

AİHS’te hem de 1982 Anayasası’nda somutlaştırılmıştır.^[18] Özgürlükten yoksun kalmanın hâkim tarafından resen incelenmesi ve hakkı sınırlanan kişiye tanınan yargısal başvuru hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını koruyan AİHS 5. maddede yer almaktadır. İlgili maddenin 3. fıkrası “İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.” düzenlemesini hükme bağlamıştır. Söz konusu düzenlemenin, hükümde yer alan sebeplerle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının kısıtlanması halinde kendiliğinden ve periyodik bir incelemenin yapılması zorunluluğunu ortaya koyduğu AİHM kararlarıyla tespit edilmiştir.^[19] “Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.” şeklinde bir düzenleme getirerek tutukluluğa karşı yargısal başvuru hakkını öngören AİHS 5/4 hükmü ise *Habeas Corpus* güvencesini tanımaktadır.^[20] Söz konusu güvence, AİHS 5/3’teki düzenlemeden iki açıdan daha farklıdır. İlk fark, hükümlerde öngörülen mekanizmaların işleme usulü ile ilgilidir. Yukarıda da belirtildiği üzere AİHS 5/3 hükmü, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının kısıtlanması durumunda kendiliğinden ve periyodik olarak yapılan bir incelemeyi düzenlemektedir. AİHS 5/4 hükmündeki güvence ise ilgilinin yapacağı bir yargısal başvuruyu korumaktadır. Yani 3. fıkra, “...yargılama sürecinde serbest bırakılma hakkı...” ile ilgilinin talebinden bağımsız olarak otomatik işleyen bir yargısal inceleme öngörürken 4. fıkra, “... serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkı” ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı

[18] Tolga Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 1*, (Ankara: MRK Baskı ve Tanıtım Hizmetleri, 2018), 204.

[19] AİHM, *De Jong, Baljet ve Van den Brink/ Hollanda*, B. No: 8805/79; 8806/79; 9242/81, 22.05.1984, § 51.

AİHM, *Aquilina/Malta* [BD] , B. No: 25642/94, 29.04.1999, § 48- § 49.

[20] Behiye Eker Kazancı, “AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması,” *TBB Dergisi*, no. 98, (2012): 95.

sınırlanan bireye, sınırlama sebebinin incelenmesi için yargısal bir başvuruda bulunma imkânı tanımaktadır.^[21] AİHS 5/3 ve 5/4 hükümlerinin ikinci farkı ise kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının sınırlanma nedeni bağlamındadır. AİHS 5/3 hükmü, kişi özgürlüğü güvenliği hakkının yalnızca 5/1 c hükmündeki yakalama, tutukluluk ve gözaltı halleri ile sınırlanması ihtimallerinde uygulama alanı bulur. Oysa AİHS 5/4 hükmü açısından böyle bir kısıtlama söz konusu değildir. Bu şekilde değerlendirildiğinde, AİHS 5/4 hükmünün, 5. maddenin 1. fıkrasının tüm bentlerinde gösterilen durumlarda ve burada sayılmamakla birlikte idare tarafından kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının sınırlanması hallerinde^[22] yapılacak yargısal başvuruyu düzenlediği anlaşılmaktadır.

1982 Anayasası'nın kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenleyen 19. maddesinde AİHS 5/3 hükmünde ortaya konan resen inceleme ve 5/4 hükmünde ele alınan yargısal başvuru hakkı hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 19. maddesinin 8. fıkrası, "Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir." hükmüyle AİHS 5/4 düzenlemesinde öngörülen yargısal başvuru hakkına anayasal dayanak kazandırmıştır. 1982 Anayasası'nın 19. maddesinin 7. fıkrası ise "Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir." şeklinde bir düzenleme getirmiş ve koruduğu "serbest bırakılmayı isteme hakkı" ile AİHS 5/3 hükmünde öngörülen resen inceleme ve AİHS 5/4 hükmünde ortaya konan yargısal başvuru hakkını kapsamına almıştır.^[23] Ancak, AY 19/7 hükmü, tutukluluk incelemesinin hâkim karşısında yapılması teminatını sağlamazken AY 19/8, kapsamına aldığı yargısal başvuru hallerinin duruşmalı yürütülmesini korumaktadır. Bu durum da yalnızca AY 19/7 hükmünün çerçevesi içinde

[21] AİHM, *Rehbock/ Slovenya*, B. No: 29462/95, 28.11.2000, § 87.

[22] Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 1*, 206.

[23] AYM, *Halas Aslan*. B. No: 2014/4994, 16.02.2017, § 67.

kalan tutukluluğun resen incelenmesi kurumunun duruşmalı yapıma güvencesinden mahrum olması sonucuna yol açmaktadır.^[24]

Tutukluluk hali, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının önemli istisnalarından olmakla birlikte kişinin tutuklanması, tutukluluk süresi boyunca mutlak olarak bu hakkının sınırlandıracağı anlamına gelmemektedir. Keyfi olarak yapıldığı, kanundaki şartları taşımadığı veya koşullar değiştiği için son verilmesi gereken tutukluluk hallerinin ortaya çıkabilmesi muhtemeldir. Söz konusu nedenlere ek olarak, tutukluluğun kişi özgürlüğü üzerindeki yadsınamaz denli ağır etkisi, hem AİHS 5/3 ve AY 19/7 hükümlerinde öngörülen tutukluluğun resen incelenmesinin hem de AİHS 5/4 ve AY 19/7 ile 19/8 hükümlerinde tanınan tutukluluğa karşı yargısal başvuru hakkının mevzuatımızda özel olarak düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur.

Ceza Muhakemesi Kanunumuz, koruma tedbiri olan tutukluluğa hükmedilme sebeplerine ayrıntılı biçimde yer verdiği gibi tutukluluğa karşı yargısal başvuru hakkı kapsamında tutukluluğa itiraz ile şüpheli veya sanığın tutuklama kararının kaldırılmasını istediği tahliye talebi kurumlarını da öngörmüştür. Bu bağlamda, ilk olarak, tutukluluğa karşı yargısal başvuru hakkı kapsamındaki tutukluluk kararına itiraz düzenlemesine değinilmesinde fayda vardır. Tutuklama kararını düzenleyen CMK 101. maddenin 5. fıkrası^[25], CMK 100 ve 101. maddeler kapsamında verilecek kararlar için itiraz kanun yolunun açık olduğunu hükme bağlamıştır. Ayrıca şüpheli veya sanığın salıverilme istemleri başlığını taşıyan CMK 104. maddenin^[26] 2. fıkrasında da şüpheli veya sanığın, tutukluluğunun devamına ilişkin

[24] AYM, *Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir*. B. No: 2014/2626, 27.10.2016, § 51- § 53.

[25] *Madde 101/5*: “Bu madde ile 100’üncü madde gereğince verilen kararlara itiraz edilebilir.”

[26] *Madde 104*: “1. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir. 2. Şüpheli veya sanığın tutukluluk hâlinin devamına veya salıverilmesine hâkim veya mahkemece karar verilir. Bu kararlara itiraz edilebilir. 3. Dosya bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay’a geldiğinde salıverilme istemi hakkındaki karar, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulunca dosya üzerinde yapılacak incelemeden sonra verilir; bu karar re’sen de verilebilir.”

mahkeme kararına karşı itiraz yoluna başvurulabileceği öngörülmüştür.^[27] Ek olarak, CMK 271/4 hükmü “Merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.” şeklinde bir düzenleme getirerek Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminin reddedilmesi sonucu itiraz kanun yoluna başvurması halinde, Cumhuriyet savcısının yaptığı itiraz kabul edilirse ilk defa itiraz merci tarafından verilen bu tutuklama kararı aleyhine de itiraz kanun yolunu açmıştır.

Tutukluluğa karşı başvuru yolları bağlamında tartışılacak ikinci kurum CMK 104’te düzenlenen tahliye talebidir. CMK 104/1 hükmü “Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir.” şeklinde bir düzenleme öngörerek şüpheli ve sanığa tutukluluk kararının kaldırılmasını talep hakkı tanımıştır. Tutukluluk kararının verildiği anda gerekli koşulları taşımadığına yönelik başvuru olan tutukluluğa itirazdan farklı olarak tahliye talebi, tutuklu şüpheli veya sanığın tutuklama kararının verildiği zamandaki koşulların değişmesi nedeniyle tutuklama nedeninin ortadan kalktığı iddiasını öne sürebilmesini sağlamaktadır.^[28]

Tutukluluğa karşı yargısal başvuru hakkı kapsamındaki tutukluluk veya tutukluluğun devam etmesi kararına itirazın ve tahliye talebinin yanında tutukluluğun resen incelenmesi güvencesi de CMK’de hükme bağlanmıştır. CMK 108. maddenin ilk iki fıkrası soruşturma evresine yöneliktir. Soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, şüphelinin tutukevinde bulunduğu sürece ve en geç otuzar günlük süreler içinde tutukluluk halinin devam edip etmeyeceğini inceler. Kanunun lafzından, Cumhuriyet savcısının en geç otuz gün içinde inceleme talep etmesinin bir zorunluluk olarak düzenlendiği anlaşılır.^[29] Ancak CMK 108/2 hükmüne göre aynı süre içinde şüphelinin

[27] CMK 100 ve 101. madde hükümleri değerlendirildiğinde tutuklamayla ilgili ret kararlarına da itiraz edilebileceği anlaşılır. Ancak çalışma kapsamında şüpheli veya sanığın kişi özgürlüğü güvenliği hakkı çerçevesinde tutukluluğun kabulüne karşı yargısal başvuru hakkı incelendiğinden bu ihtimal ayrıca ele alınmamıştır.

[28] Gülfem Pamuk, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklunun Salıverilme Talebinin İncelenme Usulü,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 17, no. 1-2, (2011): 267.

[29] Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Baskı (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), 261.

de tutukluluk halinin incelenmesini talep etme hakkı vardır. İlgili maddenin 3. fıkrası ise “Hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkrada öngörülen süre içinde de resen karar verir.” şeklinde bir düzenleme öngörerek kovuşturma evresinde tutukluluğun incelenmesini hükme bağlar. Söz konusu fıkranın, tutuklu işlerde duruşmalar arasında en fazla otuz günlük ara verilmesini amaçladığı ileri sürülebilecektir.^[30] CMK 108. madde genel olarak değerlendirildiğinde, tutukluluğun incelenmesinin; soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının yapmakla yükümlü olduğu talebe bağlamasının, kovuşturma evresinde ise resen mahkemeye bırakmasının sebebinin en ağır koruma tedbiri olan tutuklamanın periyodik aralıklarla gözden geçirilmesini sağlamak olduğu söylenebilir.

CMK’de öngörülen tutukluluğa karşı yargısal başvuru yolları ile tutukluluğun resen incelenmesi bu şekilde anlatıldıktan sonra, bir sonraki bölümde, söz konusu kurumlar bağlamında yapılan değerlendirmenin dosya üzerinden mi duruşmalı olarak mı yapılacağı AİHM ve AYM içtihatları bağlamında incelenecektir.

II. MAHKEME İÇTİHATLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Çalışmanın bu bölümünde, sırasıyla AİHS 5/3 ve AİHS 5/4 hükümlerinde öngörülen güvencelerin işleyiş sürecinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin içtihatları kapsamında nasıl somutlaştırıldığı ele alınacaktır.

A) AİHM BAŞVURULARI

Bu başlık altında ilk olarak 21.10.1986 tarihli Sanchez-Reisse/ İsviçre Davası ele alınacak sonrasında ise Türkiye aleyhine AİHM’e yapılan başvurular değerlendirilerek AİHM’in tutukluluğun resen incelenmesi ile tutukluluğa karşı yargısal başvuru hallerinin nasıl yürütülmesi gerektiği konusundaki içtihadı ortaya konacaktır.

[30] Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 262.

1- Sanchez-Reisse/ İsviçre Davası

12 Mart 1981 gecesi; Arjantin vatandaşı Leandro Sanchez-Reisse, Arjantin hükümetinin Uruguaylı bir bankacının Buenos Aires'te kaçırılmasıyla ilgili yürüttüğü soruşturma kapsamında, İsviçre'de federal polis tarafından yakalanıp tutuklanmıştır. Interpol Buenos Aires, başvurucunun İsviçre'den sınırdışı edilmesini istemiştir. Başvurucunun tutukluluğu, sınırdışı edilmesi amacıyla devam ettirilmiştir. Başvurucu; 9 Kasım 1981, 25 Ocak 1982, 21 Mayıs 1982 tarihlerinde tutukluluğunun sona erdirilmesini talep etmiş ancak bu talepleri dosya üzerinden değerlendirilerek reddedilmiştir. Süreç boyunca resen ya da başvurusu sonucu yapılan tutukluluk incelemelerinin hiçbirinde mahkeme karşısına çıkarılmamasının *Habeas Corpus* güvencesiyle bağdaşmadığını söyleyerek AİHS 5/4 hükmünün ihlal edildiğini iddia etmiştir.^[31]

AİHM değerlendirmesine, AİHS 5/4 hükmünün silahların eşitliği ve çelişme ilkelerine uyulmasını gerektirdiğini belirterek başlamıştır. Daha sonra Mahkeme, her ne kadar AİHS'in 5. maddesinin 3. fıkrasının lafzına bakıldığında AİHS 5/4 hükmündeki duruşma güvencesini içermediği düşünülebilse de AİHS 5/3 kapsamına giren hallerde de hâkim karşısına çıkarılma gerekliliği bulunduğunu vurgulamıştır. Ancak somut olayda, başvurucunun AİHS 5/4'ün koruduğu güvencelerden yararlandırılmadığı anlaşıldığından söz konusu hükmün ihlal edildiği kararına varmıştır.^[32]

2- Sevim ve Diğerleri/ Türkiye Davası

Başvuruculardan Selami Sevim, 8 Kasım 2000 tarihinde, yasadışı silahlı örgüte üye olduğu ve Türkiye'nin anayasal düzenini silah zoruyla yıkmaya teşebbüs ettiği iddialarıyla yakalanarak gözaltına alınmış, birkaç gün sonra da tutuklanmıştır. 19 Ocak 2009'da hakkındaki ömür boyu hapis cezası kararı Yargıtay tarafından onanıp kesinleşene kadar da tutuklu kalmıştır. 16 Nisan 2001 tarihinde, aynı iddialar doğrultusunda, İsmet Ökmen yakalanmış ve takip eden birkaç gün içinde tutuklanmıştır. 13 Şubat 2008 tarihinde, ilk derece mahkemesi İsmet Ökmen'i ömür boyu hapis cezasına mahkûm etmiştir. Dava, AİHM'e başvuru tarihi itibarıyla, Yargıtay'da temyiz aşamasındadır. Mithat Yılmaz da 7 Mart 2001 tarihinde, ilk iki başvurucuyla

[31] AİHM, *Sanchez-Reisse/ İsviçre*, B. No: 9862/82, 21.10.1986, § 10- § 43.

[32] AİHM, *Sanchez-Reisse/ İsviçre*, B. No: 9862/82, 21.10.1986, § 51.

aynı sebepler doğrultusunda yakalanıp gözaltına alınmış ve birkaç gün sonra da tutuklanmıştır. Mithat Yılmaz hakkındaki ceza davası, başvuru tarihi itibarıyla, ilk derece mahkemesi önünde derdestir. Başvurucuların AİHM önündeki temel iddiaları, tutukluluk süreleri boyunca yaptıkları tüm itirazların sürekli olarak basmakalıp ifadeler kullanılarak reddedilmesi nedeniyle AİHS 5/4 hükmünün ihlal edildiği yönündedir.^[33]

AİHM, bu ihlal iddiasını değerlendirirken AİHS 5/4 hükmü çerçevesinde tutukluluğa karşı öngörülecek yargısal başvuru yolu açısından, yargı organının hukuki nitelik taşımasının ve usule yönelik güvenceleri özellikle de çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerini sağlamasının önemini vurgulamıştır. Sonrasında, AİHS 5/4 hükmü uyarınca CMK'de tutukluluğa itiraz kurumunun düzenlendiğini belirtmiş ancak itiraz davasının genelde dosya üzerinden yürütülmesinin ve tutuklu veya müdafinin kesin talebi olsa dahi duruşma yapılmasının mahkemenin takdirine bırakılmasının, tutukluluğa itiraz kurumunun AİHS 5/4 kapsamında yeterli güvenceyi sağlayıp sağlamadığının her somut olay açısından dikkatle incelenmesi sonucuna yol açtığını vurgulamıştır. Somut olayda da başvurucuların itirazlarının çelişmeli yargılama ilkesine uygun değerlendirilmediğini belirterek ihlal kararı vermiştir.^[34]

3- Altınok/ Türkiye Davası

Başvurucu, 12 Nisan 2007 tarihinde dolandırıcılık ve evrakta sahtecilikle ilgili bir şikâyet üzerine yakalanıp 13 Nisan 2007 tarihinde tutuklanmıştır. 11 Mayıs, 8 Haziran, 15 Ağustos ve 12 Eylül 2007 tarihlerinde, CMK 108/3 hükmü doğrultusunda, mahkeme resen ve dosya üzerinden inceleme yapmış ve savcının görüşü doğrultusunda tutukluluğun devamına karar vermiştir. 8 Ekim 2007 tarihinde Ağır Ceza Mahkemesi ilk duruşmasını yapmış ve suçun türü, niteliği, delillerin durumu, kaçma riski, suçla ilgili ceza ve ilgili hakkındaki güçlü şüphelerin varlığını göz önünde bulundurarak başvurucunun tutukluluğun sona erdirilmesi yönündeki talebini reddetmiştir. Başvurucunun avukatı 15 Ekim 2007 tarihinde, duruşmada verilen

[33] AİHM, *Erişen ve Diğerleri/ Türkiye*, B. No: 7067/06, 03.04.2012, Davanın Koşulları, § 2- § 6.

[34] AİHM, *Erişen ve Diğerleri/ Türkiye*, B. No: 7067/06, 03.04.2012, AİHS'nin 5. Maddesinin 4. Paragrafı, § 1- § 5.

tutukluluğun devamı kararına itiraz etmiş ancak itiraz merci 16 Ekim 2007 tarihinde, dosya üzerinden yaptığı inceleme sonucunda yapılan itirazı reddetmiştir. Sonrasında, 7 Kasım ve 5 Aralık 2007 tarihlerinde resen ve dosya üzerinden inceleme yapan Ağır Ceza Mahkemesi, tutukluluğun devamına karar vermiştir. 26 Aralık 2007 tarihli ikinci duruşmada, mahkeme, ilk duruşmadaki kararıyla aynı gerekçelere dayanarak, tutukluluğun devamına hükmetmiştir. 23 Ocak ve 20 Şubat 2008 tarihlerinde ise mahkeme resen ve duruşmasız olarak yaptığı incelemede tutukluluğun devamı yönünde karar vermiştir. 10 Mart 2008 tarihli üçüncü duruşmada, mahkeme, ilk iki duruşmadakiyle aynı sebeplere dayanarak başvuru sahibinin tahliye istemini yine reddetmiştir. 9 Nisan 2008 tarihli resen ve dosya üzerinden yapılan incelemede de tutukluluğun devamı kararı verilmiştir. 5 Mayıs 2008 tarihli dördüncü duruşmada, diğer duruşmalardaki gerekçelere dayanarak, tutukluluğun devamı kararı verilmiş, bunun üzerine başvuru sahibinin müdafisi 12 Mayıs 2008'de bu tutukluluk kararına itirazda bulunmuştur. 16 Mayıs 2008 tarihinde, itiraz merci, yapılan itirazı reddetmiştir. 6 Haziran 2008'de mahkeme, resen ve dosya üzerinden yaptığı inceleme sonucunda tutukluluğun devamına hükmetmiştir. 23 Haziran 2008 tarihinde, Ağır Ceza Mahkemesi, yaptığı beşinci duruşmada suçun türü ve niteliği, delillerin durumu, ilgilinin itham edildiği suçlara dayanan kanun maddeleri, geçen tutukluluk süreci ve delillerin toplanmasını dikkate alarak başvuru sahibinin tahliyesine karar vermiştir. 29 Aralık 2008 tarihinde ise, başvuru sahibi sanık suçlu bulunmuş ve ilk derece mahkemesi tarafından hapis cezasına çarptırılmıştır.^[35]

AİHM değerlendirmesinde, AİHS 5/4 hükmünün sağladığı ilk teminatın, tutukluluğa itiraz başvurusunun mahkeme önünde duruşmalı olarak incelenmesi olduğunu belirtmiştir. Ancak ilgilinin tutukluluk durumunun sonlanması için yaptığı her başvuru sonucu duruşma açılmasının da ivedilikle yürütülmesi gereken ceza muhakemesinde tıkanıklara yol açabileceğini vurgulamıştır. AİHM, CMK'deki tutukluluğa itirazın duruşmalı incelenmesinin mahkemenin takdirine bırakılmasını, ceza yargılamasının her itiraz talebinde kesintiye uğraması ihtimalini önleyebilmek adına ölçülü bir düzenleme olarak değerlendirmiştir. Bu doğrultuda somut olay incelendiğinde, AİHM, 8 Ekim ve 26 Aralık 2007 tarihleri ile 10 Mart, 5 Mayıs ve 13 Haziran 2008 tarihlerinde yapılan duruşmalarda başvuru sahibinin tutukluluğu hakkında da karar verildiği için ayrıca sanığın CMK 104. maddede düzenlenen tahliye

[35] AİHM, *Altınok/ Türkiye*, B. No: 31610/08, 29.11.2011, § 5-§ 26.

talebi ile ve CMK 101/5 öngörülen tutukluluğa itiraz kurumlarına başvurularının duruşmalı incelenmesine gerek olmadığına karar verip dosya üzerinden yapılan değerlendirmelerin AİHS 5/ 4 hükmünü ihlal etmediği sonucuna varmıştır.^[36]

4- Erişen ve Diğerleri/ Türkiye Davası

Ciğerhun Erişen, Ergin Demir ve Abdülkadir Akgül 21 Temmuz 2005 tarihinde, yasadışı örgüte üye oldukları şüphesiyle yakalanıp 22 Temmuz 2005'te tutuklanmışlardır. Aynı gerekçelerle; Şirin Sekmen 29 Temmuz 2005'te, Ekrem Kaplan 1 Ağustos 2005'te ve Sedrettin Altay 3 Ağustos 2005'te tutuklanmışlardır. 26 Temmuz 2005 tarihinde; Erişen, Demir ve Akgül'ün müdafileri 22 Temmuz tarihli tutukluluk kararına itiraz etmiş ancak mahkeme, 29 Temmuz'da, dosya üzerinden yaptığı inceleme sonucu, itirazı reddetmiştir. 8 Ağustos'ta tekrar tutukluluk kararına itiraz edilmiş ancak 17 Ağustos tarihinde bu itiraz da reddedilmiştir. Erişen, Demir ve Akgül; 4 Ekim 2005'te tahliye talebinde bulunmuşlar, 6 Ekim 2005 tarihli kararda Demir tahliye edilmiş, Erişen ve Akgül'ün ise tutukluluğunun devamına hükmedilmiştir. 20 Kasım 2005'te tüm başvurular ve diğer şüpheliler aleyhine kamu davası açılmıştır. 21 Kasım 2005'te Erişen ve Akgül tekrar tahliye talebinde bulunmuşlar ancak 22 Kasım tarihli mahkeme kararıyla talepleri reddedilmiştir. 5 ve 19 Aralık 2005'te Erişen tahliye talebinde bulunmuş ancak 7 ve 19 Aralık tarihli kararlarla, duruşma yapılmaksızın, talepleri reddedilmiştir. Erişen ve Akgül'ün 20 Aralık 2005, 2 Ocak 2006 ve 27 Ocak 2006 tarihlerinde yaptıkları tahliye talepleri de reddedilmiştir. Sekmen, Kaplan ve Altay 17 Şubat 2006'da; Erişen ve Akgül ise 10 Nisan 2006'da tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılmışlardır. 6 Mart 2009 tarihinde ilk derece mahkemesi tüm başvurular hakkında beraat kararı vermiş ve bu karar 16 Mart 2009'da kesinleşmiştir.^[37]

AİHM değerlendirmesinde, *Altınok ve Türkiye Davası*'na atıfta bulunarak Türk ulusal mevzuatında tutukluluğun CMK 108. madde gereği periyodik ve resen incelendiğini, buna ek olarak da ilgilinin CMK m. 104 hükmü doğrultusunda tahliye talebinde bulunabildiğini ve CMK 101/5 düzenlemesi uyarınca tutukluluk kararlarına itiraz edebildiğini vurgulamış; söz konusu

[36] AİHM, *Altınok/ Türkiye*, B. No: 31610/08, 29.11.2011, § 46-§ 56.

[37] AİHM, *Erişen ve Diğerleri/ Türkiye*, B. No: 7067/06, 03.04.2012, § 9-§ 15.

imkanların çokluğunu da göz önünde tutarak tutukluluğa yapılan her itirazın duruşmalı yürütülmemesinin AİHS 5/4 ihlaline yol açmayacağını belirtmiştir. Bu durumu tespit ettikten sonra da somut olayı incelemiştir. Somut olayda, Demir'in iki aydan uzun süre boyunca mahkeme önüne çıkarılmadığı tespit edilirken Erişen ve Akgül için bu süre dört aydan da uzundur. 6 Ekim 2005 tarihinde tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılan Demir'in haricindeki diğer iki başvuru, 22 Temmuz 2005'te tutuklandıktan sonra ilk kez kovuşturma aşamasında, davanın ilk duruşmasında mahkeme önüne çıkarılmışlardır. Yargılama sürecinde başvuru sahipleri pek çok kez tutukluluklarına itirazda bulunmuşlar fakat tüm itirazları dosya üzerinden karara bağlanmıştır. Anılan nedenlerle AİHM, soruşturma evresinde, Demir'in iki aydan, Erişen ve Akgül'ün ise dört aydan uzun süre hâkim önüne çıkarılmadan tutuklulukları hakkında karar verilmesinin AİHS 5/4 hükmünün ihlaline yol açtığını belirtmiştir.^[38]

5- Kocamış ve Kurt/ Türkiye Davası

3 Temmuz 2012'de başvuru sahipleri, silahlı yağma suçunu işledikleri şüphesiyle gözaltına alınmış, 4 Temmuz'da da tutuklanmışlardır. 5 Temmuz'da tutukluluk kararına itiraz etmişler, 6 Temmuz'da ise itiraz merci, itirazı dosya üzerinden reddetmiştir. 10 Temmuz'da savcılık başvuru sahipleri hakkında iddianameyi mahkemeye vermiş, mahkeme de 19 Temmuz'da iddianameyi kabul edip başvuru sahiplerinin tutukluluğunun devamına hükmetmiştir. 6 Ağustos tarihinde başvuru sahipleri tutukluluklarının devamı kararına itiraz etmiş, 8 Ağustos'ta ise itiraz merci duruşma yapmadan itirazın reddine karar vermiştir. Ancak mahkemenin kararını dayandırdığı savcılığın yazılı görüşü başvuru sahiplerine tebliğ edilmemiştir. 13 Eylül 2012 ile 12 Nisan 2013 tarihleri arasında beş duruşma yapılmış ve mahkeme, bu duruşmalarda tutukluluğun devamı kararı vermiştir. Ayrıca mahkeme, duruşma tarihleri arasında da dört kere dosya üzerinden tutukluluk durumunu incelemiş ve bu incelemeler sonucunda da tutukluluğun devamına hükmetmiştir. 25 Nisan 2013 tarihinde, ilk derece mahkemesi başvuru sahipleri, yargılama konusu suçtan, suçlu bulmuş ve karar 5 Şubat 2014 tarihinde Yargıtay tarafından onanmıştır.^[39]

[38] AİHM, *Erişen ve Diğerleri/ Türkiye*, B. No: 7067/06, 03.04.12, § 52-§ 54.

[39] AİHM, *Kocamış ve Kurt/ Türkiye*, B. No: 227/13, 25.01.2022, § 5-§ 13.

AİHM, değerlendirmesine ilk olarak CMK'de tutukluluğun incelenmesini sağlayan kurumları; yani CMK 108 uyarınca tutukluluğun resen denetlenmesi, CMK 104 uyarınca sanığın ya da şüphelinin tahliye talebinde bulunması ve CMK 101/5 uyarınca sanığın ya da şüphelinin tutukluluk kararına itiraz etmesini sayarak başlamıştır. Daha sonra, ceza yargılamasının ivedi yürütülmesi gerekliliğine de değinerek tutukluluğa itirazın her zaman duruşmalı incelenmesinin sistemde tıkanıklara yol açacağını söylemiştir. AİHM, tutukluluğa itirazın duruşmalı gerçekleşmemesinin, savunma makamıyla birlikte iddia makamının da dinlenmemesi sonucu doğduğundan, zorunlu olarak AİHS 5/4 hükmünün ihlaline yol açmayacağını belirtmiştir. Somut olayda, soruşturma evresinde, başvuruçuların iki ay on günlük süre boyunca hâkim karşısına çıkmadıkları anlaşılmaktadır. AİHM, bu noktada soruşturma evresi ve kovuşturma evresi arasındaki farka dikkat çekerek kovuşturma evresinde sanığın en azından duruşma günlerinde hâkim karşısına çıkabildiğini ancak soruşturma evresinin mahiyeti gereği şüphelinin böyle bir güvenceye sahip olmadığını vurgulamıştır. Somut olayda başvuruçular, soruşturma evresinin başlangıcından kovuşturma evresindeki ilk duruşmaya kadar sadece haklarında ilk tutukluluk kararı verilirken hâkim karşısına çıkmışlardır. Yani soruşturma evresinde yaptıkları tutukluluğa itiraz başvuruları hep dosya üzerinden değerlendirilmiştir. Bu nedenle AİHM, somut olayda AİHS 5/4 hükmünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.^[40]

B) AYM BAŞVURULARI

1- *Firas Aslan ve Hebat Aslan Başvurusu*

Başvuruçular, yasa dışı silahlı örgüte üye oldukları iddiasıyla, 31.12.2008 tarihinde gözaltına alınmış, 3.1.2009 tarihinde tutuklanmışlardır. 4.10.2012 tarihli duruşmada tutukluluklarının devamına karar verilmiştir. Başvuruçular, tutukluluğun devamına 9.10.2012 tarihinde itiraz etmişlerdir. Ancak itiraz merciinin 15.10.2012 tarihli kararı ile söz konusu itiraz reddedilmiştir. 31.10.2012 tarihinde, CMK 108 hükmü gereğince yapılan tutukluluk incelemesinde, tutukluluk hallerinin devamına karar verilmiştir. Başvuruçulardan Firas Aslan 27.11.2012 tarihli duruşmada tahliye edilmiştir. Hebat Aslan ise Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunduktan sonra 19.2.2013 tarihinde tahliye edilmiştir. Başvuruçular, gerek CMK 101/5

[40] AİHM, *Kocamış ve Kurt/ Türkiye*, B. No: 227/13, 25.01.2022, § 24-§ 31.

hükmü uyarınca kendilerinin yaptıkları tutukluluklarına karşı itirazların gerekse CMK 108. madde gereği yapılan resen tutukluluk incelemesinin duruşmasız yapılmasının AY 19'da düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir.^[41]

AYM, incelemesinde, ilk olarak CMK 108 uyarınca yapılan resen tutukluluk incelemesinin AİHS 5/4 hükmü kapsamına girmediğini çünkü ilgili hükmün sanığın veya şüphelinin tutukluluğun sona erdirilmesine yönelik başvurularını koruduğunu açıklamıştır. Sonrasında ise başvuruçuların CMK 108 hükmü gereğince yapılan tutukluluk incelemelerinin dosya üzerinden yürütülmesinin hak ihlaline yol açtığı yönündeki iddialarını, konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.^[42] Mahkemenin bu kararının arkasında, duruşmalı inceleme güvencesinin, AİHS 5/4'ün Anayasamızdaki yansıması olan 19/8 hükmünde yer alıp 19/7 düzenlemesinde korunmadığı düşüncesinin yer aldığı anlaşılmaktadır.

Başvuruçuların tutukluluğa itiraz taleplerinin duruşmasız incelendiği iddialarıyla ilgili olarak ise AY 19/8 hükmünün, tutukluluğun kanuna uygun olup olmadığının hâkim önünde incelenmesini talep etme ve tutukluluğun gerekliliğinin ivedilikle değerlendirilmesini isteme güvencelerini getirdiğini belirtmiştir. Ancak söz konusu hükmün, tutukluluğa yönelik her itirazın duruşmalı incelenmesi anlamını taşımadığını da vurgulamıştır. AYM, somut olayda, başvuruçuların tutukluluk halleri her duruşmada incelendiğinden ayrıca yaptıkları tutukluluk itirazlarının dosya üzerinden karara bağlanmasının AY 19/8 hükmünün ihlali sonucunu doğurmayacağını söylemiştir.^[43]

Başvuruçular, tutukluluğa itiraz incelemelerinin dosya üzerinden yapılmasının AİHS 5/4 hükmünün ihlaline yol açtığı iddialarını daha sonra AİHM önünde *Hebat Aslan ve Firas Aslan/ Türkiye Davası* nda da ileri sürmüşler, ancak AİHM de AYM ile aynı gerekçelerden hareket ederek başvuruçuların iddialarını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.^[44]

[41] AYM, *Firas Aslan ve Hebat Aslan*. B. No: 2012/1158, 21.11.2013, § 9-§ 24.

[42] AYM, *Firas Aslan ve Hebat Aslan*. B. No: 2012/1158, 21.11.2013, § 25-§ 32.

[43] AYM, *Firas Aslan ve Hebat Aslan*. B. No: 2012/1158, 21.11.2013, § 66-§ 75.

[44] AİHM, *Hebat Aslan ve Firas Aslan/ Türkiye*, B. No: 15048/09, 28.10.2014, § 57-§ 60.

2- Ulaş Kaya ve Adnan Ataman Başvurusu

Ulaş Kaya ve Adnan Ataman, çocuğun basit cinsel istismarı suçundan 20.2.2013 tarihinde gözaltına alınmış ve aynı tarihte tutuklanmışlardır. Başvurucular, 21.2.2013 tarihinde tutuklama kararına itiraz etmişler ancak bu itirazları reddedilmiştir. 20.3.2013 tarihinde mahkeme, Başsavcılığın yaptığı talep doğrultusunda incelemede bulunarak tutukluluğun devamına hükmetmiştir. Başvurucular, 2.4.2013 tarihinde tutukluluğun devamı kararına itiraz etmişler fakat 4.4.2013 tarihli kararla itirazları reddedilmiştir. Bunun üzerine başvurucular 15.4.2013 tarihinde, 20.3.2013 ve 4.4.2013 tarihli kararlara itiraz etmişler ancak itiraz merci itirazı yerinde bulmayarak reddetmiştir. 7.5.2013'te ise başvurucular 15.4.2013 tarihli karara itiraz etmişlerdir. Bu itiraz da 9.5.2013'te reddedilmiştir. Mahkeme, başsavcılığın 6.6.2013 tarihli talebi üzerine başvurucuların tutukluluk durumunu inceleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 108. maddesinde yapılan değişikliği ("*şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle*") ibaresinin madde metnine eklenmesini) gözeterek başvurucuların avukatlarını dinlemiş ve 7.6.2013 tarihli kararında tutukluluğun devamına hükmetmiştir. İlk derece mahkemesi, 31.3.2014 tarihli kararı ile başvurucuları yargılama konusu suçlardan mahkûm etmiş ve tahliyelerine karar vermiştir. Başvurucular 7.6.2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.^[45] AYM'ye başvuru tarihi itibarıyla, dava Yargıtay'da temyiz aşamasında derdesttir.

AYM, değerlendirmesini yaparken ilk olarak, AY 19/8 ve AİHS 5/4 hükümlerinin kapsamını belirlemiştir. Bu bağlamda, ilgili hükümlerde serbest bırakılmak amacıyla yetkili yargı merciine yapılması gereken başvurudan bahsedildiği için ancak talebe bağlı olarak tutukluluğun incelenmesi hallerinde uygulanacaklarını vurgulamıştır. Sonrasında da bu hükümlerin tutukluluğun hâkim önünde incelenmesi teminatını sağladığını, önceki kararlarına paralel olarak, ortaya koymuştur. Ancak tutukluluğa yönelik her itirazın duruşmalı yapılmasının da ivedi işlemesi gereken ceza yargılaması sürecinde tikanıklara yol açabileceğini hatırlatmıştır. Bu ilkeleri somut olaya uygulayan AYM, başvurucuların tutukluluk durumunun 20.2.2013-7.6.2013 tarihleri arasında duruşma yapılmaksızın incelendiğini ve bu nedenle üç aydan fazla süre hâkim önünde düzenli aralıklarla dinlenme hakkından mahrum bıraktıklarını tespit etmiştir. Anılan nedenlerin silahların eşitliği ve çelişmeli

[45] AYM, *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman*. B. No: 2013/4128, 18.11.2015, § 8-§ 20.

yargılama ilkeleri ile bağdaşmadığını söyleyen AYM somut olayda AY 19/8 hükmünün ihlal edildiğini belirtmiştir.^[46]

3- Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir Başvurusu

Başvurucu Bergin Karaboğa 30.9.2011 tarihinde, Yusuf Aldemir ise 1.10.2011 tarihinde silahlı terör örgütüne üye oldukları iddiasıyla tutuklanmış ve başvurucular hakkında kamu davası açılmıştır. Başvurucular hakkındaki kamu davasını gören mahkeme 9.12.2011 tarihinde dosya üzerinden tutukluluğun devamına karar vermiştir. 20.2.2012 tarihli ilk duruşmada da aynı yönde karar verilip tutukluluk devam ettirilmiştir. 12.12.2013 tarihinde yapılan on ikinci duruşmadan sonra, mahkeme resen ve dosya üzerinden yaptığı tutukluluk incelemesinde tutukluluğun devamına karar vermiştir. Başvurucular, ilgili karara itiraz etmişler ancak itiraz merciinin 31.12.2013 tarihli kararıyla itirazları reddedilmiştir. 17.7.2014 tarihinde, başvurucuların adli kontrol hükümleri uygulanarak tahliyelerine hükmedilmiştir. Başvurucular, 31.12.2013 tarihinde yapılan tutukluluğa itiraz incelemesinin ve 10.1.2014'te mahkemenin tutukluluğu resen değerlendirmesin duruşmasız yürütülmesinin AY 19/8 hükmünü ihlal ettiği gerekçesiyle 18.2.2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Başvuru tarihi itibarıyla dava ilk derece mahkemesinde derdesttir.^[47]

AYM, ilk olarak, tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız yapıldığı iddiasını ele almış ve değerlendirmeye, AY 19/8 hükmü kapsamında yapılan tutukluluk incelemelerinin çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelere uygun olması gerekliliğini belirterek başlamıştır. Bu bağlamda, *Firas Aslan ve Hebat Aslan* kararına atıfta bulunarak AY 19/8 hükmü uyarınca tutukluluğa karşı yargısal başvuru hakkını kullanan kişilerin mahkeme huzurunda dinlenilmek haklarına sahip olduğunu ancak bu yöndeki her başvuruda duruşma açmanın ivedi yürütülmesi gereken ceza yargılamasını tıkayacağını söylemiştir. Mahkeme, somut olayda 12.12.2013 tarihli duruşma ile tutukluluk itirazının dosya üzerinden incelenmesi tarihi olan 31.12.2013 arasında on dokuz gün bulunduğunu belirterek bu durumun AY 19/8'e yönelik ihlal yaratmayacağını açık olduğunu vurgulamış ve

[46] AYM, *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman*. B. No: 2013/4128, 18.11.2015, § 54-§ 62.

[47] AYM, *Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir*. B. No: 2014/2626, 27.10.2016, § 11-§ 34.

başvurunun bu kısmını, açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.^[48]

AYM, ikinci olarak, mahkemece yapılan tutukluluğun resen incelemesinin duruşmasız yürütüldüğü iddiasını ele almıştır. Değerlendirmesinin bu kısmında da *Firas Aslan ve Hebat Aslan* kararına atıfta bulunmuş ve tutukluluğun resen incelenmesini öngören CMK 108. maddenin, tutukluluğa karşı yargısal başvuruyu düzenleyen AİHS 5/4 hükmü kapsamına girmediğini belirtmiştir. Mahkeme, başvurunun bu kısmını konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.^[49]

III. MAHKEME İÇTİHATLARININ ULUSAL MEVZUATA UYGUNLUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıdaki bölümde hem tutukluluğun resen incelenmesi hem de şüpheli veya sanığa tanınan tutukluluğa karşı yargısal başvuru yolu güvencelerinin işleyiş süreçlerinin, AİHM ve AYM içtihatlarına nasıl yansıdığı ortaya konulmuştur. Çalışmanın bu bölümünde ise ilk olarak tutukluluğa karşı yargısal başvuru yolu, sonrasında tutukluluğun resen incelenmesi kararlarının yerindeliği ulusal mevzuatımızdaki tutukluluk düzenlemeleri bağlamında tartışılacaktır.

İlk olarak AİHS 5/4, AY 19/7 ile 19/8, CMK 101/5 ile 104 bağlamında düzenlenen tutukluluğa karşı yargısal başvuru kurumunun işleyişine yönelik içtihadı değinilecektir. AİHM ve AYM kararları değerlendirildiğinde tutukluluğa karşı yargısal başvurunun duruşmalı yürütülmesinin zorunlu olmadığı yönündeki görüşün benimsendiği anlaşılmaktadır. İki Mahkeme de kararlarında, incelemelerin tamamen dosya üzerinden yürütülmesinin çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerini ihlal edeceğine dikkat çekse de ivedi işlemesi gereken ceza muhakemesinde her tutukluluk incelemesinin duruşmalı yapılmasının da süreci tıkayacağını belirtmiştir.^[50] Bu nedenle de

[48] AYM, *Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir*. B. No: 2014/2626, 27.10.2016, § 42-§ 47.

[49] AYM, *Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir*. B. No: 2014/2626, 27.10.2016, § 51-§ 53.

[50] AİHM, *Hebat Aslan ve Firaz Aslan/ Türkiye*, B. No: 15048/09, 28.10.2014, § 58; AYM, *Firaz Aslan ve Hebat Aslan*. B. No: 2012/1158, 21.11.2013, § 68.

belli aralıklarla duruşmalı inceleme yapılmasını yeterli görüp bu aralıkların uzaması halinde kişi özgürlüğü güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM kararları incelendiğinde, Mahkemenin özellikle soruşturma ve kovuşturma evresi bakımından bir ayrıma gittiği anlaşılmaktadır. AİHM, *Altınok/ Türkiye* davasında kovuşturma evresinde yapılan bir ila üç ay aralıklı duruşmalarda, başvuruçunun tutukluluğu hakkında karar verilmesinin yeterli olup ayrıca sanığın CMK 104. maddede düzenlenen tahliye talebi ile CMK 101/5 hükmünde öngörülen tutukluluğa itiraz kurumlarına başvuruçularının duruşmalı incelenmesine gerek olmadığına hükmetmiştir.^[51] Buna karşın, *Erişen ve Diğerleri/ Türkiye* davasında AİHM, soruşturma evresinde, Demir'in iki aydan, Erişen ve Akgül'ün ise dört aydan uzun süre hâkim önüne çıkarılmadan tutuklulukları hakkında karar verilmesinin AİHS 5/4 hükmünü ihlal ettiğini belirtmiştir.^[52] *Kocamış ve Kurt/ Türkiye* davasında ise başvuruçuların soruşturma evresi boyunca yaptıkları tüm itirazların dosya üzerinden incelenmesi sonucu, diğer ihlal kararlarındakinden görece daha kısa süre olan iki ay on gün boyunca hâkim önüne çıkarılmamayı AİHS 5/4 hükmüne uygun bulmamıştır.^[53] Bu açıdan değerlendirildiğinde, AİHM'in ceza yargılamasının soruşturma veya kovuşturma evrelerinin tamamında, özellikle de mahiyeti gereği duruşma yapılmayan soruşturma evresinde, tüm tutukluluk değerlendirmelerinin dosya üzerinden yapılmasını kişi özgürlüğü güvenliği hakkını ihlal ettiği görüşüne sahip olduğu savunulabilir. AYM kararları incelendiğinde ise genel olarak AİHM'in içtihadının takip edildiği anlaşılacaktır. *Firas Aslan ve Hebat Aslan* başvurusunda, AYM; AİHM'in tutukluluğa itiraz incelemelerinin sürekli olarak duruşmalı yapılması gerekliliğinin bulunmadığı içtihadından hareketle, başvuruçuların tutukluluk halleri her duruşmada değerlendirildiğinden ayrıca yaptıkları tutukluluk itirazlarının dosya üzerinden karara bağlanmasının AY 19/8 hükmünün ihlaline yol açmayacağını belirtmiştir.^[54] *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman* başvurusunda ise konuyu süre ve muhakeme evresi bakımından değerlendirerek somut olayda başvuruçuların soruşturma evresinde üç aydan uzun süre hâkim

[51] AİHM, *Altınok/ Türkiye*, B. No: 31610/08, 29.11.2011, § 54-§ 55.

[52] AİHM, *Erişen ve Diğerleri/ Türkiye*, B. No: 7067/06, 03.04.12, § 53.

[53] AİHM, *Kocamış ve Kurt/ Türkiye*, B. No: 227/13, 25.01.2022, § 30.

[54] AYM, *Firas Aslan ve Hebat Aslan*. B. No: 2012/1158, 21.11.2013, § 73-§ 75.

önüne çıkarılmamasının AY 19/8 hükmünü ihlal ettiği kararına varmıştır.^[55] Çalışma kapsamında incelenen son AYM kararı olan *Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir* başvurusunda ise Mahkeme, yine süre açısından inceleme yapıp duruşma ile tutukluluk itirazı arasında on dokuz gün bulunduğunu belirterek itiraza dosya üzerinden karar verilmesinin AY 19/8'e yönelik ihlal yaratmayacağına açık olduğunu vurgulamış ve başvuruyu açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.^[56] Dolayısıyla AYM'nin, AİHM'in hem muhakeme evresi hem de süre açısından değerlendirmelerini benimsediği açıkça görülmektedir.

İkinci olarak, AİHS 5/3, AY 19/7 ve CMK 108 hükümleri kapsamına giren tutukluluğun resen incelenmesi güvencesinin işleyişi ele alınmalıdır. Yukarıda tartışılan AİHM ve AYM kararları değerlendirildiğinde, tutukluluğa karşı yargısal başvuru yolundaki fikir birliğinin tutukluluğun resen incelenmesi kurumunun yürütülüş şekli açısından korunmadığı anlaşılmaktadır. AYM, *Firas Aslan ve Hebat Aslan* ile *Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir* kararlarında CMK 108 bağlamında yapılan tutukluluk değerlendirmesinin duruşmasız yapıldığı iddialarını; AY 19/8 ve AİHS 5/4 hükümlerinin sağladığı duruşma güvencesi kapsamında görmeyerek konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur. Mahkemenin bu kararı, tutukluluğun resen incelenmesi kurumunun AY 19/7 ile AİHS 5/3 hükümleri kapsamında değerlendirilmesine dayanmaktadır. AYM'nin tutukluluğun periyodik olarak ve kendiliğinden incelenmesiyle ilgili kararlarındaki genel kabul, CMK 108. maddede düzenlenen kurumun AİHS 5/4 ve dolayısıyla AY 19/8 korumasından yararlanamaması ve bu nedenle uygulamada hatalı olarak sıklıkla yapılan, kişinin tutukluluğun dosya üzerinden incelenmesinin hak ihlali olarak değerlendirilmemesi sonucunu doğurmuştur.^[57] Oysa tutukluluğun resen ve periyodik olarak incelenmesini AİHS 5/3 kapsamında gören AİHM, bu otomatik tutukluluk değerlendirmesinin AİHS 5/4 hükmüne

[55] AYM, *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman*. B. No: 2013/4128, 18.11.2015, § 61-§ 62.

[56] AYM, *Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir*. B. No: 2014/2626, 27.10.2016, § 46- § 47.

[57] Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, 2. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 274.

uygunluğunun aranmaması için bir sebep olmadığını belirtmiştir.^[58] Yani AİHM; tutukluluğa karşı yargısal başvuru ve tutukluluğun resen incelenmesi kurumlarının yürütülme şekilleri açısından bir ayrımı benimsememiş, tutukluluğun değerlendirilmesi amacına hizmet eden bu iki kurumun da ceza yargılamasını aksatmamak şartıyla duruşmalı yapılabileceğini ortaya koymuştur. Yukarıda incelenen *Sanchez-Reisse/ İsviçre* davasında da AİHM tutukluluğa karşı yargısal başvuru yolunda olduğu gibi tutukluluğun resen incelenmesinin de duruşmalı yürütülmesi gerektiğini savunmuştur.^[59] Bu açıdan düşünüldüğünde, AYM'nin tutukluluğun resen incelenmesi kurumunun da AY 19/8 ile AİHS 5/4 hükümlerinde düzenlenen duruşmalı değerlendirme güvencesinden yararlanması gerektiği sonucuna ulaşması beklenirdi. Nitekim, tutukluluğun resen incelenmesi, her ne kadar tutukluluğa karşı ilgilinin başvuracağı yargısal bir yol olmasa da amaçsal yorum yapıldığında bu iki ayrı kurumun esasında tutukluluğun değerlendirilmesi ve böylelikle kişilerin keyfi ya da hatalı şekilde tutuklu kalmasının önüne geçilmesi sonucuna ulaşmak için getirildiği anlaşılabacaktır. Yukarıda ele alınan AYM içtihatlarındaki gibi salt lafzi yorumun benimsenmesi; tutukluluğa karşı yargısal başvuru için öngörülen duruşma güvencesini, tutukluluğun resen incelenmesi ihtimali için korumayarak tutukluluğun denetlenmesini sağlayan bu iki kurum arasında isabetli olmayan bir farklılık yaratacaktır. Ayrıca CMK 108/2 hükmü “Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir.” şeklinde bir düzenleme getirerek en azından soruşturma evresi için resen incelemenin yanında şüpheliye de tutukluluk halinin denetlenmesi için bir talep hakkı tanımıştır.^[60] Söz konusu hükmün, CMK 104/1 uyarınca şüpheli veya sanığın tahliye talebinde bulunmasından tek farkı CMK 108/1'de öngörülen otomatik incelemeye alternatif olarak getirilmiş olmasıdır. CMK 108 hükmünde resen incelemenin yanında şüpheliye yargısal başvuru yolu tanınmasıyla kurumların işleyişi arasında yaratılan farklılığın isabetsizliği kolaylıkla anlaşılacaktır. Yukarıda eleştirilen AYM içtihatları takip edilirse

[58] AİHM, *Megyeri/ Almanya*, B. No: 13770/88, 12.05.1992, § 22.

AİHM, *Eğmez/ Kıbrıs*, B. No: 30873/96, 21.12.2000, § 94.

[59] AİHM, *Sanchez-Reisse/ İsviçre*, B. No: 9862/82, 21.10.1986, § 51.

[60] Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, 275.

soruşturma evresinde tutukluluğun otomatik denetlenmesi CMK 108/1 hükmü uyarınca dosya üzerinden yapılabilirken aynı inceleme CMK 108/2 kapsamında şüpheli tarafından istendiğinde duruşmalı yürütülecek ve böylelikle hükmün doğasına uymayan, yasakoyucunun öngörmediği bir farklılık söz konusu olacaktır. Bu abes durum da içtihatlarla yaratılan ayırımın ulusal mevzuatımızda karşılık bulmadığını göstermektedir.

Tutukluluğa karşı yargısal başvuru ve tutukluluğun resen incelenmesi konularındaki AİHM ve AYM içtihatlarının CMK'nin benimsediği "tutukluluk kararının yüze karşı verilmesi" ilkesine uygunluğu da ele alınmalıdır. Tutuklama kararını düzenleyen CMK 101. maddenin 2. fıkrası "...Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir." şeklinde bir hüküm getirerek tutuklama kararının yüze karşı verileceğini öngörmüştür. Tutukluluğun resen incelenmesi ve tutukluluğa karşı yargısal başvuru sonrası verilen her karar, yeni bir tutukluluk kararı niteliğinde olmasına rağmen AİHM ve AYM içtihatları takip edildiğinde söz konusu değerlendirmeler sonucu verilen tutukluluk kararları, sahip olmaları gereken duruşma güvencesinden yararlanamamaktadırlar. Soruşturma evresinde şüphelinin, kovuşturma evresinde sanığın katılımına gerek duyulmaması da bu kararlar doğrultusunda gelişen uygulamanın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal etmesine yol açmaktadır.^[61] 2004 tarihli CMK'de, 1929 tarihli CMUK'un 106. maddesinin ilk fıkrasında^[62] düzenlenen ve sanığın yokluğunda, dosya üzerinden tutukluluk kararı verilmesini öngören gıyabi tutuklamaya verilmemiştir. Ancak şüpheli ya da sanığın CMK 101/5 uyarınca tutukluluğuna itiraz etmesi, CMK 104 bağlamında tahliye talebinde bulunması veya CMK 108 kapsamında tutukluluğun resen incelenmesi sonucu verilen tutukluluğun devamı hükmü de nitelik itibarıyla bir tutuklama kararı olduğundan söz konusu değerlendirmelerin dosya üzerinden yapılması; yasakoyucunun

[61] Tuğrul Katoğlu, "Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar.", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 4, (2011): 25.

[62] *CMUK 106/1*: "Sanığın tutuklanmasına ancak hâkim karar verir. Tutuklanması talep edilen sanık hazırsa karardan önce dinlenir, hazır bulunan sanık isterse sorgu sırasında vekaletname aranmaksızın müdafii de hazır bulunabilir ve karar verilmeden önce Cumhuriyet Savcısı ile hazır olan müdafii dinlenir. Sanık hazır değilse talebe ilişkin karar, yokluğunda ve evrak üzerinden verilir."

CMK’de yer vermediği gıyabi tutuklamanın uygulamada isabetsiz şekilde varlığını sürdürmesine yol açmıştır.^[63]

Bu bağlamda, AİHM ve AYM’nin içtihatları göz önünde tutulduğunda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının özüne daha uygun koruma mekanizmaları öngören ulusal mevzuatımızın da eksiksiz olmadığı belirtilmelidir. Tutukluluğa karşı açık olan itiraz kanun yolunda kararların verilmesi usulünü düzenleyen CMK 271 hükmünün ilk fıkrası “Kanunda yazılı olan hâller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafii veya vekil dinlenir.” şeklinde bir düzenleme yaparak itiraz incelemesinde duruşmanın istisna olduğunu vurgulamıştır. Bu hüküm, tutukluluğa itirazın dosya üzerinden incelenmesini zorunlu kılmasa da duruşmalı değerlendirilme imkânını oldukça sınırlamıştır. Nitekim AİHM de *Sevim ve Diğerleri/ Türkiye* davasında mevzuatımızdaki bu düzenlemenin, AİHS 5/4 ihlaline yol açma riski taşıması nedeniyle her somut olay bakımından hükmün yarattığı sonuçların dikkatle incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.^[64] Hükmün bu şekilde düzenlenmesinin altında, kanunkoyucunun yalnızca görevli ve yetkili mahkeme tarafından verilen tutukluluk kararlarının duruşmalı olması gerektiği, itiraz merciinin incelemesini dosya üzerinden yapabileceği düşüncesinin yattığı iddia edilebilir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, ister resen ister ilgilinin başvurusu üzerine yapılan tutukluluk değerlendirmeleri sonucu verilen her tutukluluğun devamı hükmü, niteliği itibariyle yeni bir tutukluluk kararıdır. Dolayısıyla, hükmü veren merci ya da aşağıda da tartışılacağı üzere kararın resen veya başvuru üzerine verilmesi gibi farklılıklar yalnızca usule ilişkin olup özünde bu kurumlar arasındaki amaçsal ortaklığı etkilememektedir. Bu şekilde düşünüldüğünde, olması gereken hukuk açısından, itiraz usulünü düzenleyen CMK 271/1 hükmüne, “...Tutukluluk kararına yapılan itirazlar duruşmalı incelenir.” şeklinde bir ek yapılması isabetli olacaktır.

Sonuç olarak gerek tutukluluğa karşı yargısal başvuru gerek de tutukluluğun resen incelenmesi kurumlarının duruşmalı yürütülmesi, ulusal

[63] Hakan Kaşka, Zeynep Büşra Şenyiğit, “Türk Ceza Muhakemesi Mevzuatındaki Bazı Hükümlerin Çelişme İlkesi Açısından Değerlendirilmesi,” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2, (2013): 160.

[64] AİHM, *Erişen ve Diğerleri/ Türkiye*, B. No: 7067/06, 03.04.2012, AİHS’nin 5. Maddesinin 4. Paragrafı, § 4- § 5.

mevzuatımızdaki tutukluluk düzenlemeleri ile yasakoyucunun CMK'de gıyabi tutuklamaya yer vermemesi hususu göz önüne alındığında, bir zorunluluktur. AİHM, AİHS hükümlerini göz önünde bulundurarak ceza yargılamasının aksamaması için hem tutukluluğa karşı yargısal başvuru hem de tutukluluğun resen incelenmesi kurumları açısından duruşma güvencesini bir zorunluluk olarak değerlendirmemiştir. Bu içtihat, tutukluluğun değerlendirilmesini amaçlayan bu iki kurum arasında fark yaratmaması yönüyle tutarlıdır. Ancak yukarıda tartışılan CMK'nin ilgili hükümleri de dikkate alındığında bu yorumun ulusal mevzuatımız açısından yerinde olmadığı kolaylıkla anlaşılacaktır. Buna rağmen, AYM'nin tutukluluğa karşı yargısal başvuru açısından AİHM'in içtihadını takip etmesi hatalı olmuştur. Ayrıca, AYM'nin tutukluluğa karşı yargısal başvuru hususunda AİHM'in içtihadını benimserken tutukluluğun resen incelenmesi kurumu açısından kendi yorumunu oluşturmasına da değinilmelidir. AYM tutukluluğun resen incelenmesi kurumunun AY 19/7 hükmünde düzenlenmesi ve duruşma güvencesinin AY 19/8'de ortaya konulması nedenlerine dayanarak CMK 108 hükmü uyarınca yapılan tutukluluğun resen incelenmesinin dosya üzerinden yürütülmesiyle ilgili başvuruları konu bakımından yetkisiz olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. AYM'nin tutukluluğa karşı yargısal başvuru konusunda mevzuatımıza uygun düşmemekle birlikte AİHM'in yorumunu takip etmesine karşın, tutukluluğun resen incelenmesi hususunda daha da vahim bir içtihat geliştirerek bireysel başvuru yolunu, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının tutukluluğun dosya üzerinden resen incelenmesiyle ihlal edilmesine kapatması ayrıca isabetsiz olmuştur.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Çalışmada, tutukluluğa itiraz, tahliye talebi ve tutukluluğun incelenmesi kurumlarına başvurunun dosya üzerinden mi duruşmalı olarak mı yapılması gerektiği sorusuna AİHM ve AYM'nin de konuyla ilgili içtihatları göz önünde tutularak cevap aranmıştır. Tutukluluğun devamına ilişkin karar alma sürecini irdeleyen kararların; AİHS, AY ve CMK ile ne derece uygun düştüğü değerlendirildikten sonra bu bölümde, olması gereken hukuk açısından benimsenmesi gereken çözüm ortaya konacaktır.

Bir önceki bölümde eleştirilen tutukluluğa karşı yargısal başvuru yolu ile ilgili AİHM ve AYM içtihatlarının temel dayanağını, ilgilinin yaptığı her tutukluluğa itiraz veya tahliye talebinin duruşmalı incelenmesinin ceza muhakemesini paralize edeceği argümanı oluşturmaktadır. Ceza yargılamasının özellikle tutuklu işlerde ivedi sürdürülmesi, şüpheli ya da sanığın AİHS 6 ve AY 36 hükümlerinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında makul sürede yargılanma hakkının gereğidir. Ancak ceza yargılamasının tıkanıklığa uğrayacağını ileri sürerek soruşturma evresinde şüpheli, kovuşturma evresinde ise sanık hakkında tutuklama kararını dosya üzerinden vermek, menfaatler dengesi gözetildiğinde şüpheli veya sanık açısından çok daha büyük bir hak ihlaline yol açmaktadır. Tutukluluk değerlendirmesini duruşmalı olarak yapmak, makul sürede yargılanma hakkını tek başına ihlal edecek nitelikte olmamasına rağmen söz konusu incelemeyi dosya üzerinden sürdürerek tutukluluğun devamına hükmetmenin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlaline yol açacağı kuşkusuzdur. Her ne kadar CMK'deki itiraz kanun yolu incelemesinin kural olarak dosya üzerinden yapılacağı hükmü, uygulayıcıları, tutukluluğa karşı yargısal başvuru yollarından biri olan tutukluluğa itirazın duruşmalı yapılması gerekliliğini taşımadığı şeklinde bir düşünceye sevk etse de amaçsal yorum yapıldığında itiraz mercii tarafından verilen tutukluluğun devamı kararının da kendisiyle aynı problemi çözmek için getirilen tahliye talebinin sahip olduğu duruşma güvencesinden yararlandırılması gerekir. Uygulamada, konuyla ilgili yaşanan fikir ayrılıklarının çözüme kavuşturulması açısından CMK'de itiraz kanun yolunu düzenleyen hükme, tutukluluğa itirazın duruşmalı yapılacağı şeklinde bir ek getirilmesi yerinde olacaktır.

AYM, tutukluluğa karşı yargısal başvuru kurumunun duruşmalı incelenmesinin zorunlu olmadığı yönündeki içtihadını, bu yöndeki AİHM

kararlarına dayandırarak geliştirmiştir.^[65] Bu noktada, AİHS'in "Tanınmış insan haklarının korunması" başlığını taşıyan 53. maddesi dikkate alınmalıdır. Söz konusu hüküm, "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandıracak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz" şeklinde bir düzenleme getirmektedir. İlgili hükmün lafzından açıkça anlaşılacağı gibi; sözleşmecî devletlerin iç hukukları, AİHS hükümlerinden ve AİHS'i gözeterek değerlendirme yapan AİHM içtihatlarından daha koruyucuysa, sözleşmecî devletler iç hukuklarını uygulamalıdır. Bu nedenle, AYM'nin doğrudan AİHM içtihadını uygulamadan önce kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının sınırını tutukluluk açısından daha geniş çizen kendi ulusal mevzuatımızı göz önünde tutup tutukluluğun değerlendirilmesi sonucu verilen kararların da CMK 100 kapsamında yeni bir tutukluluk kararı olduğunu dikkate alarak kendi içtihadını oluşturması beklenmektedir.

AYM'nin tutukluluğun resen incelenmesini AİHS 5/4 ve AY 19/8 hükümlerindeki duruşma güvencesinin kapsamında görmediği kararları da eleştiriye açıktır. Tutukluluğun resen incelenmesinin dosya üzerinden yürütülmesinin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlaline yol açtığı iddiasıyla yapılan bireysel başvuruları konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulan AYM, tutukluluğun resen incelenmesi kurumunun da duruşma güvencesinden faydalanmasını öngören AİHM içtihadından ayrılmıştır. AYM'nin, AİHM'in tutukluluğun resen incelenmesinin de ceza yargılamasını aksatmamak kaydıyla duruşmalı yürütülmesi içtihadını doğrudan benimsemesi, yukarıda yapılan eleştiriler de dikkate alındığında, isabetli olmayacaktır. Sorunun çözümü için, bireysel başvuru yoluyla hak ihallerini sonlandırması beklenen AYM'nin; AİHM içtihadıyla birlikte CMK'nin tutukluluk kararının her durumda yüze karşı verileceğini düzenleyen 101. maddesini de göz önünde bulundurarak, tutukluluğun resen incelenmesi sonucu verilecek kararlar da CMK 100 kapsamında yeni bir tutukluluk hükmü olduğundan, sürecin her zaman duruşmalı yürütülmesini benimsediği bir içtihat oluşturması gerekmektedir.

Sonuç olarak, iç hukukumuzda tutukluluğun değerlendirilmesi kurumlarını düzenleyen CMK hükümleri incelendiğinde, tutukluluk kararlarının her

[65] AİHM, *Depal Polonya*, B. No: 62324/00, 12.12.2006, § 48– § 49. AİHM, *Saghinadze ve Diğerleri/ Gürcistan*, B. No: 18768/05, 27.5.2010, § 150.

durumda yüze karşı verilmesi gerekliliğinin tutukluluğun değerlendirilmesi sonucu alınan kararlar için de geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Ancak özellikle AYM'nin geliştirdiği içtihatlar nedeniyle tutukluluğa karşı yargısal başvuru ve tutukluluğun resen incelenmesi kurumları, gereken duruşma güvencesinden yararlanamamakta ve ceza muhakemesi sürecinde tutuklanan şüpheli ile sanığın tanınan en büyük güvencelerden biri işlevsiz hale gelmektedir. Söz konusu sorunun hem ulusal mevzuatımıza hem de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının özüne uygun çözülmesinin tek yolu, gerek tutukluluğa karşı yargısal başvuru gerek de tutukluluğun resen incelenmesi süreçlerinin istisnasız olarak her zaman duruşmalı yürütülmesinin yargı kararlarıyla benimsenmesi olacaktır.

KAYNAKÇA

- Algan, Bülent. “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yaklaşımı: Hebat Aslan ve Firas Aslan Kararı Örneği.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 31, no. 1, (2015): 185-206.
- Altun, Atakan. *Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Sınırlanması ve Sonuçları*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Centel, Nur. “Tutuklama Uygulamasında Sorunlar.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 71, no. 1, (2013): 193- 206.
- Eker Kazancı, Behiye. “AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması.” *TBB Dergisi*, no. 98, (2012): 75- 104.
- Kaşka Hakan ve Zeynep Büşra Şenyiğit. “Türk Ceza Muhakemesi Mevzuatındaki Bazı Hükümlerin Çelişme İlkesi Açısından Değerlendirilmesi.” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2, (2013): 130- 167.
- Katoğlu, Tuğrul. “Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar.” *Ankara Barosu Dergisi* 69, no. 4, (2011): 19- 33.
- Keskin, Serap. “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no. 1-2, (2002): 49-61.
- Pamuk, Gülfem. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklunun Salıverilme Talebinin İncelenme Usulü.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 17, no. 1-2, (2011): 265- 281.
- Şirin, Tolga. *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 1*, Ankara: MRK Baskı ve Tanıtım Hizmetleri, 2018.
- Taner, Fahri Gökçen. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*. 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Toroslu, Nevzat ve Metin Feyzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 20. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.

Yenisey Feridun ve Salih Oktar. “İnsan Hakları Açısından Yakalama ve Tutuklama.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, (2019): 3127- 3155.

Yararlanılan Kararlar

AİHM, *Altınok/ Türkiye*, B. No: 31610/08, 29.11.2011.

AİHM, *Aquilina/Malta* [BD], B. No: 25642/94, 29.04.1999.

AİHM, *Çatal/ Türkiye*, B. No: 26808/08, 17.04.2012.

AİHM, *De Jong, Baljet ve Van den Brink/ Hollanda*, B. No: 8805/79; 8806/79; 9242/81, 22.05.1984.

AİHM, *Depa/ Polonya*, B. No: 62324/00, 12.12.2006.

AİHM, *Eğmez/ Kıbrıs*, B. No: 30873/96, 21.12.2000.

AİHM, *Erişen ve Diğerleri/ Türkiye*, B. No: 7067/06, 03.04.2012.

AİHM, *Hebat Aslan ve Firas Aslan/ Türkiye*, B. No: 15048/09, 28.10.2014.

AİHM, *Kocamış ve Kurt/ Türkiye*, B. No: 227/13, 25.01.2022.

AİHM, *Megyeri/ Almanya*, B. No: 13770/88, 12.05.1992.

AİHM, *Rehbock/ Slovenya*, B. No: 29462/95, 28.11.2000.

AİHM, *Saghinadze ve Diğerleri/ Gürcistan*, B. No: 18768/05, 27.05.2010.

AİHM, *Sanchez-Reisse/ İsviçre*, B. No: 9862/82, 21.10.1986.

AİHM, *Sevim ve Diğerleri/ Türkiye*, B. No: 7540/07, 7859/07, 11979/07, 05.01.2010.

AYM, *Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir*. B. No: 2014/2626, 27.10.2016.

AYM, *Can DüNDAR ve Erdem Gül*, B. No: 2015/18567, 25.02.2016.

AYM, *Erdal Tercan*. B. No: 2016/15637, 12.04.2018.

AYM, *Firas Aslan ve Hebat Aslan*. B. No: 2012/1158, 21.11.2013.

AYM, *Halas Aslan*. B. No: 2014/4994, 16.02.2017.

AYM, *Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 02.07.2013.

AYM, *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman*. B. No: 2013/4128, 18.11.2015.

